أصول الإثبات
فى المواد المدنية والتجارية

الأستاذة الدكتورة
نبيلة إسماعيل رسلان
أستاذ القانون المدنى
ووكيل كلية الحقوق - جامعة طنطا

الدكتور
مصطفى أحمد أبو عمرو
قسم القانون المدنى
كلية الحقوق - جامعة طنطا

الطبعة الأولى

الناشر
دار النهضة العربية

٢٠٠٤

إهداء

*إلى روح الإمام الجليل الشيخ/ **محمد متولي الشعراوى**

*إلى روح وأسرة كل شهيد في سبيل الحق والكرامة والحرية

*إلى أبطال وزعماء المقاومة العراقية والفلسطينية

*إلى كل من يدافع عن كرامة الوطن العربي في كل موقع

أهمية الإثبات :

يحظى الإثبات القضائي بأهمية بالغة في المجتمعات التي تعلـــوا فيها راية القانون ولا يحصل فيها كل فرد على حقه بوسائله الشــخصية. ففي الدول التي تحترم فيها اختصاصات القضاء وأحكامه يجد صـــاحب الحق نفسه مضطرا إلى إقامة الدليل على وجوده إذ بغير ذلك لا يمكـــن لصاحب الحق الاستفادة من الحماية القانونية والقضائية المقـــررة لـــه. ويعنى ما سبق أن الحق الذي لا دليل عليه هو والعدم سواء. ويدلل الفقيه الألماني إيرنج على ذلك بقوله أن " الدليل هو فدية الحق ". وبمعنى آخـر فإن الدليل هو مصدر الحياة للحق ومعقد النفع منه [١].

ولا تقتصر أهمية الإثبات على الحقوق المالية فقــط بــل تشــمل الحقوق غير المالية كما هو الشأن بالنسبة للحقوق الناشئة عن الـزواج أو الطلاق أو النسب أو التمتع بجنسية دولة معينة [٢]. كما تمتد أهمية الإثبات أيضا لتشمل شتى فروع القانون وليس القانون المدني فقط. ففي القـــانون الإداري أو الجنائي مثلا يلزم لإسناد المسئولية الجنائية أو الإداريـــة أو التخلص منها إلى وجود الدليل كما أن التصرفـــات الخاضعـــة للقـــانون التجاري أو المالي مثلا قد تحتاج إلى إثبات مصدرها أو نطاقها. على أن تلك الأهمية التي يحظى بها الإثبات القضائي لا ترقى به إلـــى مصـــاف أركان الحق لأن هذا الأخير يوجد بقوة القانون متى توافـــرت شـــرائطه ودون النظر إلى وسيلة إثباته [٣].

---

[١] – مجموعة الأعمال التحضيرية للمجموعة المدنية المصرية – ج٣ – ص ٣٤٩.

[٢] في نفس المعنى د/ سمير عبد السيد تناغو : النظرية العامة في الإثبات. منشـــأة المعـــارف – الإسكندرية ١٩٧٣–ص٤ .

[٣] – د/ نبيلة رسلان – د/ عبد الحميد عثمان محمد : دروس في أحكام الالـــتزام والإثبـــات – مطبعة جامعة طنطا – ١٩٩٩– ص ٣٧٣.

تعريف الإثبات القضائي :

يقصد بالإثبات القضائي إقامة الدليل أمام القضاء على الواقعة القانونية التي تمثل مصدر الحق المتنازع عليه، على هدى من التنظيم القانوني الموضوعي والإجرائي [١]. ويستفاد من هذا التعريف أن الإثبات يرد على الواقعة القانونية التي تمثل مصدر الحق ولا يرد على الحق المتنازع فيه ذاته. وقد تكون الواقعة القانونية التي ترتب عليها ميلاد الحق أو انقضاؤه تصرفا قانونيا كالبيع أو الهبة أو الإبراء وقد تكون واقعة مادية كالميلاد أو الوفاة أو الإصابة.

ويتميز الإثبات القضائي عن الإثبات بصفة عامة وعن الإثبات التاريخي أو العلمي بما يلي [٢]:-

١-تتمثل **الغاية العملية** للإثبات القضائي في استقرار المجتمع وذلك عن طريق إنهاء المنازعات التي تثار بشأن الحقوق المالية وغيرها.

٢-يكتفي في الإثبات القضائي **بالحقيقة النسبية** التي تقوم على الراجح من الاحتمالات. على أنه بصدور الحكم القضائي يصبح هذا الأخير عنوانا للحقيقة المطلقة بالنسبة لطرفي النزاع فلا يجوز لأحدهما إثارة ذات الموضوع مرة أخرى. والأمر على خلاف ذلك بالنسبة للحقيقة العلمية حيث لا يمنع التسليم بها من البحث مرة أخرى حول مدى صحتها وثباتها [٣].

---

[١] - د/ همام محمد محمود زهران : الوجيز في الإثبات في المواد المدنية والتجارية – دار الجامعة الجديد ٢٠٠٣ –ص٧.

[٢] - د/ جميل الشرقاوى : الإثبات في المواد المدنية – دار النهضة العربية ١٩٧٦– ص٤.

[٣] - ويتميز الإثبات العلمي أيضا من حيث أن البحث عن الحقيقة العلمية لا تقتصر على أشخاص بعينهم أو وسائل محددة بل يجب ترك مجال البحث متاحا للكافة وبكل السبل الممكنة.

٣-نتيجة لارتباط الإثبات القضائي بتنظيم السلطة القضائية فإنه يخضع لبعض القواعد والقيود التي تتلاءم مع هذا التنظيم ومن ذلك قاعدة حياد القاضي وضرورة تقديم الأدلة وفقا للطريق الذي رسمه القانون وما منحه من قوة في الإثبات لكل دليل.

أهمية التنظيم التشريعي للإثبات وصورة :-

يتمتع الإثبات بأهمية عملية وقانونية لا يمكن إنكارها وبالتالي يصبح ضروريا أن يسن المشرع القواعد التي تحدد أشخاص الإثبات أو أطرافه وطرقه وكذا الإجراءات الواجبة الاتباع بشأن تقديم الدليل. ويتخذ التنظيم التشريعي للإثبات صورا عديدة أهمها :

١- مذهب الإثبات الحر :

يقوم هذا النظام على أساس إطلاق حرية الإثبات بحيث يستطيع المدعى إثبات دعواه بكل وسيلة ممكنة تكفى لإقناع القاضي بأحقيته فيما يدعى به. وفى مقابل الحرية التي يتمتع بها الخصوم في الإثبات واختيار الدليل فإن القاضي يتمتع بحرية تكوين عقيدته والوصول إلى قناعة معينه من خلال ما طرحه الخصوم من أدلة. ويجوز للقاضي أن يفصل في الدعوى ولو بعلمه الشخصي كما لو كان جارا للمتنازعين ويعلم بوقائع النزاع بصفته هذه .

و يجد هذا النظام أساسه في الرغبة في الوصول للحقيقة بشتى السبل حتى ولو أدى ذلك إطلاق حرية الخصوم في الإثبات وحرية القاضي في الاقتناع. والواقع أن هذا النظام قد لاقى تطبيقا عمليا في الشرائع القديمة بل ونادى به بعض الفقه الإسلامي [١] كما تأثرت به بعض القوانين الجرمانية والأنجلوسكسونية كأمريكا وإنجلترا وسويسرا

[١] - انظر العميد السنهوري : الوسيط في الإثبات -ص ٤٠.

وألمانيا وبصفة خاصة في المسائل المدنية والتجارية [1]. ويسود هذا المبدأ بصفة خاصة في المواد الجنائية لأنها لا تقبل بطبيعتها تحديد طرق معينة للإثبات.

تقييم مذهب الإثبات الحر :

يتميز هذا النظام بأن الحرية المتاحة للقاضي والخصوم تزيد فرص الوصول للحقيقة الواقعية بحيث تكاد تتطابق الحقيقة القانونية مع الحقيقة الواقعية. بيد أنه يؤخذ على هذا النظام أن السماح للقاضي بتكوين عقيدته بحرية تامة ودون رقابة يستلزم دائما أن يكون القاضي محايدا ونزيها وعادلا وهو أمر لا يتحقق أحيانا. ولعل قضايا الفساد والرشوة بشتى صورها وقرارات عدم الصلاحية العديدة التي تصدر سنويا خير دليل على ذلك.

ومن جانب آخر فإن إطلاق حرية القاضي والخصوم في الإثبات يسمح باختلاف القضاة في التفسير والتقدير بما يؤدى لعدم استقرار المعاملات نتيجة لما ينتاب الخصوم من خوف حول عدم اقتناع القاضي بأدلتهم رغم صحتها. كما أن من شأن الأخذ بهذا النظام زيادة المنازعات وإطالة أمد الفصل فيها وهو ما يمثل آفة القضاء في بعض الدول [2].

٢- مذهب الإثبات القانوني :

يقوم هذا النظام على أساس مبدأ حياد القاضي حيث ينظم المشرع طرق الإثبات وإجراءاته تنظيما لا يدع للقاضي حرية تحقيق ادعاءات الخصوم والفصل فيها. و لا يجوز له أن يقضى فيما يعرض عليه من منازعات بعلمه الشخصي إذ يتقيد بالأدلة التي يقدمها له الخصوم والتي

---

[1] - د/ نبيل إبراهيم سعد - د/ همام محمد محمود زهران : أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية - دار الجامعة الجديدة - ٢٠٠١ - ص ٦٥ والمرجع المشار إليه بهامش١- د/جميل الشرقاوى : المرجع السابق- ص٦.

[2] - د/ محمد لبيب شنب : الإثبات ١٩٩٢-١٩٩٣- بدون ناشر - ص ٢٦-٢٧.

يتولى المشرع تحديدها وبيان قوة كل منها [١]. و هكذا يتضح أن نظام الإثبات القانوني يقوم على دعامتين هما[٢] :

* **حصر أدلة الإثبات وبيان نطاق وحجية كل منها** بموجب قواعد ملزمة للقاضي ولأطراف الدعوى .

***مبدأ حياد القاضي** حيث لا يجوز له أن يقضى بعلمه الشخصي أو القيام بدور إيجابي في جمع الأدلة. و يقتصر دور القاضي إذا على تقدير أدلة كل طرف في ضوء قواعد قانون الإثبات.

تقدير مذهب الإثبات القانوني :

يتميز هذا النظام بأنه يدعو الخصوم للطمأنينة على حقوقهم ومصالحهم ومعرفة مركزهم القانوني في المنازعات في ضوء ما بين أيديهم من أدلة وحجج. كما يتميز أيضا بسد باب تعنت القاضي وجوره. على أنه يؤخذ علي هذا المذهب جمود القواعد القانونية والذي من شأنه أن يباعد بين الحقيقة القانونية ونظيرتها الواقعية بسبب سلب سلطة القاضي في جمع الأدلة. ويرجع ذلك إلى أن المدعى قد يعجز عن إثبات حقه بأحد الطرق التي حددها المشرع في حين يمكنه إثباته بطريق آخر مما يضطر معه القاضي لإصدار حكما لا يرضى عنه. ولعل ذلك يذكرنا بالقاعدة التي أرساها النبي صلى الله عليه وسلم وهى " أن القضاء لا يجعل الحرام في الواقع حلالا بالحكم ". فإذا ترتب على الحكم الاعتراف بالحق لغير صاحبه فإن هذا لا يعنى صيرورته حلالا للمحكوم لصالحه بل يظل حراما لأنه يعلم عدم أحقيته فيما قرره القاضي نتيجة عجز صاحب الحق عن إقامة الدليل المطلوب عليه.

---

[١] - د/ جمل الشرقاوى : المرجع السابق – ص٧.

[٢] - د/ همام محمد محمود زهران : المرجع السابق –ص ٤٨.

٣- مذهب الإثبات المختلط :

يتفق هذا النظام في بعض جوانبه مع كلا من النظامين السابقين : فهو يتفق مع نظام الإثبات المقيد من حيث تحديد طرق الإثبات إلا أنه فيما يخص قيمة كل دليل يترك قدرا من الحرية للقاضي. وبمعنى آخر فإن هذا النظام يلزم القاضي بالأخذ ببعض الأدلة ولكنه يترك له سلطة تقديرية بشأن بعضها الآخر[١].

وهكذا يبين لنا أن هذا النظام يمنح القاضي دورا إيجابيا في الإثبات بصفة نسبية بحيث يمكنه اتخاذ الإجراءات اللازمة لتكوين عقيدته ومعرفة وجه الحق في النزاع المعروض عليه. ويعني ذلك أن القاضي يستطيع استجواب الخصوم وندب الخبير و سماع من يرى من الشهود طالما كان ذلك مجديا ومنتجا في الدعوى. وبجانب ما سبق فإن القاضي لا يكون ملزما بإجابة الخصم إلى طلبه إذا كانت الأدلة المطروحة تكفى لتكوين عقيدته ولا يستثنى من ذلك إلا حالة كون طلب الخصم يتعلق بدفاع جوهري يترتب عليه تغيير وجه الرأي في الدعوى[٢].

تقييم مذهب الإثبات المختلط :

يتميز هذا النظام بأنه يقارب بين الحقيقة القانونية والحقيقة الواقعية ولهذا فإن العديد من القوانين الحديثة تأخذ به ومنها القانون المصري

---

[١] - د/ محمد لبيب شنب : المرجع السابق -ص ٢٧. فالقاضي يتمتع بسلطة تقديرية بشأن شهادة الشهود ولكنه يكون ملتزم بالدليل الكتابي أو الإقرار أو اليمين طالما استوفت شروط صحتها . كما يجوز للقاضي استنباط الحقيقة عن طريق القرائن.

[٢] - د/ همام محمد محمود زهران : المرجع السابق - ص ٤٩.

والفرنسي والإيطالي والبلجيكي إلا أن مجال تطبيقه يتفاوت من قانون لآخر[١].

دور القاضي في الإثبات في القانون المصري :

ذكرنا حالاً أن المشرع المصري يأخذ بمذهب الإثبات المختلط بما يعنى منح القاضي دوراً إيجابيا في الإثبات أحيانا والاحتفاظ بدوره السلبي أحيانا أخرى وهو ما سنبينه بإيجاز فيما يلي :-

١-مظاهر الدور السلبي للقاضي:

قد يتخذ القاضي موقفا سلبيا إزاء الخصومة مكتفيا بتمحيص ما يقدمه الخصوم من أدلة. وتبدو مظاهر هذا الدور السلبي في نواحي عديدة أهمها :

أ-**امتناع القضاء بالعلم الشخصي** : ويجدر بنا التمييز بين قضاء القاضي بعلمه الشخصي الناتج عن سبق مشاركته في نظر النزاع بأي صفة كانت أو لعلاقته الشخصية بأطرافه أو بأحدهما وهو ما لا يجوز وبين قضاء القاضي بناء على معلوماته العامة التي اكتسبها من خبراته الشخصية أو بناء على الحقائق التاريخية أو العلمية الثابتة وهو ما يعد قضاءا صحيحا. و لا يعد استخلاص القاضي للنتائج من مقدماتها بصورة منطقية قضاء بعلمه الشخصي. وإذا استند القاضي في حكمه لمعلومات عامة معروفة لدى الكافة فإنه لا بد من إثبات هذه الشهرة والمعرفة العامة بتلك المعلومات إذا أنكرها أحد الخصوم. ولا يرد الإثبات هنا على المعلومات ذاتها بل على كونها مشهورة ومعروفة للكافة من عدمه.

---

[١] - د/ فتحي عبد الرحيم : دروس في أحكام الالتزام - الآثار - الأوصاف - الانتقال - الانقضاء - الإثبات - مكتبة الجلاء الجديدة بالمنصورة - بدون تاريخ - ص ٤٣٠.

ب- لا يلتزم قاضى الموضوع بتكليف الخصم بتقديم دليل أو إبداء دفع أو دفاع أو توجيهه إلى مقتضيات الدفاع عن حقه إذ يقتصر القاضي على ما قدمه الخصوم من طلبات وما طرحوه من أدلة حيث أن الإثبات هو حق للخصم وواجب عليه.

ج- لا يجوز للقاضي أن يؤسس حكمه على دليل تم تقديمه في دعوى أخرى غير المعروضة عليه حتى ولو كانت بين ذات الخصوم ما لم يتم ضم الدعويين وجعل كافة الأدلة معروفة للخصوم بحيث يستطيع كلاهما الرد عليها وتفنيدها[1].

د- لا يجوز للقاضي أن يخل بالقيمة القانونية التي أعطاها المشرع لكل دليل وبمكانة هذا الدليل بين غيره. فلا يمكنه مثلا إهمال دليل كتابي واضح وطلب سماع شهود رغم قطعية هذا الدليل الكتابي وصحته.

٢- مظاهر الدور الإيجابي للقاضي :

إذا كان الأصل هو أن القاضي يجب أن يكون محايدا فإن هذا الحياد لا يعنى أن دوره سلبيا بصفة مطلقة بل يتمتع القاضي بدور إيجابي أحيانا كثيرة أهمها :

أ- سلطة القاضي في تسيير الخصومة : ويتجلى ذلك من خلال حق القاضي في شطب الخصومة [2]وكذلك سلطته في وقف الدعوى كجزاء أو بناء على اتفاق الطرفين [3]. ويصل هذا التطبيق للدور الإيجابي للقاضي في الإثبات مدى أبعد حين يقوم القاضي ولو من تلقاء نفسه بإدخال من يرى من الغير في الدعوى لتحقيق العدالة واستجلاء وجه الحق والصواب في الدعوى [4].

---

[1] - د/ همام محمد محمود زهران : المرجع السابق - ص ص ٥١-٥٢.

[2] - المادة ٨٢ مرافعات مصري.

[3]- المادة ٩٩ ، ١٢٨ مرافعات مصري.

[4] - المادة ١١٨ مرافعات مصر

ب- **سلطة القاضي في تقدير قيمة الأدلة** : يستطيع القاضي دون أن يخضع لرقابة محكمة النقض أن يقدر قيمة الدليل وذلك في إطار التنظيم القانوني لأدلة الإثبات شريطة أن يكون تقديره سائغا ومحمولا على أسباب تبرره. ويتجلى هذا الأمر بالنسبة لشهادة الشهود إذ يستطيع القاضي أن يطرح الشهادة جانبا إذا كان لا يطمئن إليها. كما يمكنه أن يلتفت عن الدليل الكتابي إذا كان تزويره واضحا كما لو كان يحتوى على العديد من مواضع المحو والكشط والتحشير بما لا يدع مجالا للشك في عدم صحته.

ج- **سلطة القاضي في استكمال الأدلة** : يستطيع القاضي إذا لم يجد في الأدلة التي قدمها الخصوم ما يكفى لاستبيان حقيقة النزاع ولتكوين عقيدته أن يقوم بتوجيه اليمين المتممة[١] أو استجواب أحد الخصوم[٢] حتى يقر بحقيقة النزاع. كما يجوز للقاضي أيضا في سبيل الفصل في النزاع استدعاء من يرى سماعهم من الشهود[٣].

د-ومن مظاهر الدور الإيجابي للقاضي أيضا أنه **يجوز للمحكمة من تلقاء نفسها أن تنتقل للمعاينة أو تأمر بندب خبير أو استخلاص القرائن القانونية**. وتعتبر الأدلة المقدمة في الدعوى ملكا للقضية بحيث يمكن للقاضي أن يستخلص منها ما يلزم لاستكمال رؤيته وتكوين عقيدته دون التقيد بما كان يبغيه الخصم من طرح هذا الدليل أمام القاضي.

و- القاضي باعتباره مهيمنا على **إعطاء الوصف القانوني الدقيق للوقائع** التي يطرحها عليه الخصوم ولا يتقيد بما أعطاه هؤلاء الخصوم لها من وصف قانوني. ويستقل القاضي إذا بتكييف هذه الوقائع وإنزال

١- المادة ١١٩ إثبات مصري.

٢- المادة ١٠٦ إثبات مصري.

٣- المادة ٧٠ إثبات مصري.

حكم القانون عليها. و حري بالذكر أن القاضي يخضع بشـــأن التكييـف القانوني لواقعات النزاع وتحديد القواعد القانونية واجبة التطبيق وفـــهم وتطبيق وتفسير هذه القواعد لرقابة محكمة النقض. على أنه لا يخضــــع لرقابة محكمة النقض فيما يخص استخلاص الوقائع من أوراق الدعـوى طالما كان ذلك الاستخلاص سائغا.

موضع تنظيم الإثبات بين فروع القانون :

يرتبط التنظيم القانوني للإثبات القضائي بعمل القضاء لذلـك فـإن بعض الدول تعتبر قواعد الإثبات جزءا من قواعد قانون المرافعات ومن ذلك القانون الألماني واليوناني والسويسري. وتذهب قوانين بعض الـدول الأخرى إلى اعتبار قواعد الإثبات مرتبطة بالحق في الإثبات وبالتـــالي فإنها تعد قواعد موضوعية تجد مكانها الطبيعي في القانون المدني وهـذا هو الاتجاه الأقرب للصواب. و ترى بعض الدول كفرنسا تقسيم قواعـد الإثبات إلى قواعد موضوعية وهى تلك المتعلقة بعبء الإثبات ومحلـــه ووسائله وأحوال تقديم الدليل وتلك هي التي تدخل ضمن أحكام القـــانون المدني. أما القواعد الإجرائية فإنـــها تنـدرج ضمـن قواعـد قـانون المرافعات. وتنتهج بعض الدول نهجا آخر يجعل قانون الإثبات بقواعـده الموضوعية والإجرائية مستقلا عن القوانين الأخرى وهذا هو ما فعلـــه المشرع المصري[1] والسوري والإنجليزي والأمريكي.

والواقع أن إصدار قانون مستقل للإثبات يؤكد ما ذهب إليه الفقه من أن قواعد الإثبات لا تقتصر فقط على الحقوق المالية أو الالتزامات بـــل ترتبط بكافة الحقوق أيا كان نوعها أي سواء كانت مالية أو غير ماليـــة.

١- قانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ وتعديلاته.

وبالنسبة للحقوق المالية فإنه لا فرق بين الحقوق العينية أو الشخصية أو المعنوية [١].

مدى تعلق قواعد الإثبات بالنظام العام :

تنقسم قواعد الإثبات كما ذكرنا سابقا إلى قواعد موضوعية وقواعد إجرائية وترتبط هذه الأخيرة بالنظام العام نظرا لكونها تحقق المصلحة العامة وتسعى لضمان حسن سير العدالة وانتظام العمل القضائي. وتتميز هذه القواعد أيضا بأنها تحقق مصالح الأفراد إذ تضمن لهم الحصول على حقوقهم حال إتباعهم الشكل المقرر قانونا للإثبات [٢]. ويترتب على اعتبار قواعد الإثبات الإجرائية من النظام العام أنها تسرى من وقت العمل بها على جميع الدعاوى القائمة.

وفيما يتعلق بالقواعد الموضوعية فإن التساؤل يثار حول مدى تعلقها بالنظام العام. ويترتب على الإجابة على هذا التساؤل نتائج هامة حيث أن اعتبار هذه القواعد من النظام العام يعنى عدم جواز الاتفاق على ما يخالفها بالإضافة إلى إمكانية التمسك بها في أي مرحلة تكون عليها الدعوى حتى ولو كانت تنظر لأول مرة أمام محكمة النقض. ويجوز للقاضي من تلقاء نفسه أن يرفض أي اتفاق بين الخصوم يخالف هذه القواعد الموضوعية للإثبات سواء ما يتعلق منها بمحل الإثبات أو أدلته أو عبئه.

ولا شك أن عدم اعتبار قواعد الإثبات من النظام العام يرتب نتائج مغايرة لما تقدم. وقد أتيحت الفرصة عدة مرات لمحكمة النقض للإدلاء

١- د/ جميل الشرقاوى : المرجع السابق- ص٩.

٢- في نفس المعنى د/ مصطفى عبد الحميد عدوى : مبادئ الإثبات في المسائل المدنية – ١٩٨٩ – ١٩٩٠ بدون ناشر – ص ٩.

برأيها في هذا الشأن ومن ذلك ما يتعلق بعبء الإثبات حيث قررت أن القواعد التي تبين عبء الإثبات وتحدد من يتحمله ليست من النظام العام ولذلك لا يوجد ما يمنع الاتفاق على ما يخالفها [١]. وأكدت ذات المحكمة أيضا على أن قواعد الإثبات وخاصة ما يتعلق بتحديد عبء الإثبات لا تتعلق بالنظام العام ولذلك لا يجوز التمسك لأول مرة أمام محكمة النقض بأن الحكم المطعون فيه قد قلب عبء الإثبات [٢].

وقد تثار مسألة مدى تعلق قواعد الإثبات بالنظام العام بشأن الإثبات بالبينة خاصة حين يتم الإثبات بها في الحالات التي يلزم فيها الإثبات بالكتابة. وقد أكدت محكمة النقض المصرية في هذا الصدد أيضا على أن قاعدة عدم جواز الإثبات بالبينة في الحالات التي يلزم فيها الإثبات بالكتابة لا ترتبط بالنظام العام وبالتالي يمكن الاتفاق على ما يخالفها كما يجب الدفع بعدم جواز الإثبات بالبينة أمام محكمة الموضوع وقبل أن تبدأ المحكمة في سماع الشهود. ويعني ما سبق أن عدم إبداء هذا الدفع أمام محكمة الموضوع يعد تنازلا ضمنيا من الخصم عن حقه في الإثبات بالكتابة فلا يجوز له بالتالي إبداء هذا الدفع لأول مرة أمام محكمة النقض [٣].

ومن جانبه فإن قانون الإثبات المصري رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ قد أخذ بذات الاتجاه حيث تنص الفقرة الأولي من المادة ٦٢ منه على أنه " يجوز الإثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب إثباته بالكتابة إذا وجد مبدأ

١- نقض ١٩٧٩/٢/٢٤- مجموعة المكتب الفني - س ٣٠ - ص ٦١٠ .

٢- نقض ١٩٧٦/٦/٩ - مجموعة المكتب الفني -س ٢٧- ص ١٣٠٧.

٣- نقض ١٩٧١/١/١٥- مجموعة المكتب الفني - س٢٢- ص٣ - نقض ١٩٨٠/٤/٢٤ - الطعن رقم ٦٤٨- س ٤٩ق - نقض ١٩٧٧/٦/٣٠ مجموعة المكتب الفني - س٢٨- ص١٥٤٣.

ثبوت بالكتابة ". ويبين من صياغة هذا النص أنه قد استخدم لفظ يجوز وهو ما يدل على أنه نص مفسر وليس آمر أو متعلق بالنظام العام. وتؤكد المادة ١/٦٠ من ذات القانون على ذات النهج حيث تنص على أنه " في غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على خمسمائة جنيه أو كان غير محدد القيمة فلا تجوز شهادة الشهود في إثبات وجودة أو انقضائه ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك ".

وظاهر من خلال عجز هذه الفقرة أن هذه القاعدة الموضوعية[١] من قواعد الإثبات لا تعتبر من النظام العام ذلك أن قواعد الإثبات إذا كانت موضوعة في الأصل لحسن سير العدالة فان هذا لا يمنع الخصوم- إذا رأوا فيما يتعلق بمصالحهم الشخصية ألا بأس عليهم من إتباع قاعدة دون أخرى- أن يتفقوا على ذلك فهم أحرار في تقدير ما يرونه صالحا ما دام الحق المتنازع عليه لا يمس النظام العام وهم قادرون على التنازل عن هذا الحق فيستطيعون من باب أولى رسم طريق خاص لإثباته. وما دام الاتفاق مقدما على جواز الإثبات بالبينة جائزا فمن باب أولى يجوز الاتفاق على ذلك بعد رفع النزاع. وقد يفهم هذا الاتفاق دلالة من عدم اعتراض الخصم على طريق الإثبات الذي لجأ إليه خصمه ومن مساهمته في هذا الطريق بمناقشة الشهود في التحقيق أو بطلبه استدعاء شهود للنفي أو بأي عمل آخر. ويترتب على ذلك أنه لا يجوز للقاضي

[١] - جدير بالذكر أن بعض الفقه يذهب إلى أن بعض القواعد الموضوعية في الإثبات ترتبط بالنظام العام بينما لا يرتبط به بعضها الأخر – لمزيد من التفاصيل أنظر د/ جلال العدوى : مبادئ الإثبات ١٩٨٤ -ص ٣٤ وما بعدها – د/ نبيلة رسلان : المرجع السابق- ص ٦٧.

من تلقاء نفسه رفض الإثبات بالبينة حيث يوجب القانون الإثبات بالكتابة من غير أن يطلب الرفض من أحد الخصوم [١].

ويجدر التنويه إلى أن بعض القواعد الموضوعية في الإثبات ترتبط بالنظام العام ومنها حجية المحرر الرسمي الذي لم يطعن بتزويره على الكافة وكذا حجية الورقة العرفية ثابتة التاريخ على الغير. ومن هذه القواعد أيضا ما نصت عليه المادة ١٠١ من قانون الإثبات المصري التي تنص على أن "الأحكام التي حازت قوة الأمر المقضي تكون حجة فيما فصلت فيه من الحقوق ولا يجوز قبول دليل ينقص هذه الحجة. ولا يكون لتلك الأحكام هذه الحجية إلا في نزاع قام بين الخصوم أنفسهم دون أن تتغير صفاتهم وتتعلق بذات الحق محلا وسببا ". ويتوافق هذا النص مع ما قررته المادة ١١٦ من قانون المرافعات التي تقضى بأن "الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها تقضى به المحكمة من تلقاء نفسها".

ويرجع ارتباط هذه القاعدة الموضوعية - حجية الأمر المقضي- بالنظام العام إلى رغبة المشرع في العمل على استقرار الحقوق والمعاملات المالية والقضاء على تضارب الأحكام القضائية. ولا شك أن حسن سير العدالة وتحقيق الاستقرار الاجتماعي والاقتصادي هي أمور تتصل اتصالا وثيقا بالنظام العام وبالتالي فإن تنازل الخصم عن هذه الحجية لا يعنى إمكانية إعادة نظر النزاع لأن هذا من شأنه تعارض الأحكام وتأبيد المنازعات وعدم انتهائها [٢].

١- المستشار / عز الدين الديناصوري والأستاذ / حامد عكاز : التعليق على قانون الإثبات - ط٩ منشأة المعارف ١٩٩٩ - ص ٤٣٣.

٢- المستشار / عز الدين الديناصوري - الأستاذ/ حامد عكاز : المرجع السابق- ص ٧٠٥.

مدى رقابة محكمة النقض على قاضى الموضوع بشأن قواعد الإثبات:

تعتبر القواعد المحددة لعبء الإثبات وطرقه وقوة كل دليل في الإثبات من مسائل القانون التي يخضع قاضى الموضوع بشأنها لرقابة محكمة النقض من حيث تحديد القواعد القانونية واجبة التطبيق وتفسيرها. على أن تقدير مدى اقتناع القاضي بالدليل المطروح أمامه يعد من المسائل الموضوعية التي لا يخضع بشأنها لرقابة محكمة النقض متى كان استخلاصه سائغا ومنطقيا. وقد أكدت محكمة النقض على هذا المعنى حيث قررت أن لمحكمة الموضوع مطلق الحرية في تقدير طريق الإثبات الذي تأمر به من إجراء أو من غيره مما في الدعوى من القرائن أو المستندات ولا تثريب عليها إن هي حكمت لخصم كلفته بإثبات دعواه بالبينة فعجز ما دامت قد أقامت قضائها على ما يؤدى إليه من أوراق الدعوى [1]. وتجد رقابة محكمة النقض على قاضى الموضوع تطبيقها إذا قام هذا الأخير بتأسيس حكمه على واقعة ليس لها وجود بأوراق الدعوى أو استنبط من الأدلة نتيجة غير مقبولة عقلا.

١- نقض مدني ١٩٧٠/٢/٢٦ - مجموعة أحكام النقض - س ٢١ -القاعدة رقم ٦٢- ص ٣٨١.

القسم الأول
القواعد العامة في الإثبات

يتعلق هذا القسم ببيان للقواعد العامة في الإثبات من حيث محله وقيـــوده وعبئه وذلك من خلال الأبواب التالية :-

الباب الأول : محل الإثبات

الباب الثاني : عبء الإثبات

الباب الثالث : قيود الحق في الإثبات

الباب الأول

محل الإثبات

يستلزم بيان محل الإثبات أن نحدد محلة ونبين شروط الواقعة محل الإثبات وبيان من يتحمل عبء الإثبات. وعلى ذلك يتفرع هذا الباب إلى الفصول التالية :

الفصل الأول : **تحديد محل الإثبات**

الفصل الثاني : محل الإثبات هو الواقع وليس القانون

الفصل الثالث : **شروط محل الإثبات**

الفصل الرابع : **عبء الإثبات**

الفصل الأول

تحديد محل الإثبات

الحق هو الأثر القانوني الذي يترتب على تصرف قانوني معين أو واقعة قانونية أو مادية وعلى ذلك فإن من يدعى أنه يتمتع بحق ما يلتزم بإثبات مصدر هذا الحق فحق الملكية مثلا يجد مصدرة في العقد أو التقادم أو الميراث أو الوصية. والواقع أن إثبات الواقعة المنشئة للحق يمثل إثباتا للحق ذاته وبالتالي فإن محل الإثبات يتحدد بالواقعة المنشئة للحق. وبمعنى آخر فإن محل الإثبات هو الوقائع القانونية التي تمثل مصدر الحق المتنازع عليه.

ولعله قد أصبح واضحا أنه إذا كان هدف الإثبات هو التدليل على وجود الحق فإن هذا الأخير ليس هو محل الإثبات بل أن هذا المحل يتمثل في مصدر هذا الحق كما ذكرنا. وإذا كان مصدر الحق يتنوع حيث يشمل التصرف القانوني أو الواقعة المادية فإن هذا التنوع يلقى

بظلاله على تحديد الدليل الذي يصلح لإثبات الحق المدعى به. فإذا كان مصدر الحق تصرفا قانونيا اتجهت الإرادة بموجبة إلى إحداث أثر قانوني معين فإن هذا يسمح بإعداد الدليل على الحق عند إنشائه وبالتالي يكون منطقيا أن يستلزم المشرع إثبات هذا الحق بالكتابة خاصة إذا تجاوز قيمة معينة. أما إذا كان مصدر الحق هو الواقعة القانونية كالحادث أو الوفاة فإنه يجوز الإثبات عندئذ بكافة الطرق لأنها لا تسمح بطبيعتها بإعداد الدليل مسبقا وخاصة الدليل الكتابي [١].

الفصل الثاني

محل الإثبات هو الواقع وليس القانون

ذكرنا من قبل أن الإثبات يرد على الواقعة المنشئة للحق ولا يمتد للأثر الذي يرتبه القانون على وجود هذه الواقعة. وبصفة عامة فإن القضاء للمدعي بالحق المدعى به يتوقف على أمرين [٢]: أولهما هو أن توجد قاعدة قانونية تثبت للواقعة القانونية الأثر المنشئ أو الناقل أو المنهي للحق ويطلق على هذا العنصر الجانب القانوني في الدعوى.

أما الأمر الثاني فإنه يتمثل في إثبات الواقعة القانونية وإقناع القاضي بوجودها وهذا هو ما يسمى العنصر الواقعي في الدعوى وهو الذي يجب على المدعى إثباته على عكس العنصر القانوني. ويراقب القاضي أطراف الدعوى بالنسبة لجانبها القانوني على النحو التالي :-

* يجب أن يتأكد القاضي من احترام الخصوم للقواعد الموضوعية في الإثبات سواء ما يتعلق منها بشروط محل الإثبات أو بالدليل المطلوب في الدعوى وحجيته.

١- د/ جميل الشرقاوي : المرجع السابق - ص ١١.

٢- د/ همام محمد محمود زهران : المرجع السابق - ص ١٤ وما بعدها.

*يلتزم القاضي أيضا بأن يتيقن من احترام الخصوم للقواعد الإجرائية في الإثبات من حيث كيفية تقديم الدليل والرد عليه واحترام مبـــدأ مجابهــة الخصم بكل دليل ضده.

وهكذا نتبين أن للدعوى عنصران أحدهما قانوني والآخـــر واقعـــي وتختلف سلطة القاضي بشأنهما من نواحي كثيرة لعل أهمها :-

أ- بالنسبة للعنصر المرتبط بالواقع لا يجوز للقاضي أن يحكم بشـــأنه إلا في حدود ما تمسك به الخصوم أمامه. ويعنى ذلك أنه لا يجوز للقـــاضي أن يحكم للمدعى بما لم يطلبه أصلا أو بأكثر مما طلبه. أما فيما يتعلـــق بالجانب القانون فإن القاضي وحده هو الذي يحدد القواعد واجبة التطبيـــق علي الدعوى دون التقيد بطلب الخصوم مادام قد طبق القانون على نحـــوه الصحيح.

ب- بالنسبة للجانب الواقعي المتمثل في الوقائع التي يتمسك بها الخصوم كمصدر للحق المدعى به فإنه لا يفترض علم القاضي بها بل يجب علـــى الخصوم إقامة الدليل علي هذه الوقائع وفقا للمادة /١ من قانون الإثبـــات المصري [١]. وعلى خلاف ذلك فإنه يفـــترض علـــم القـــاضي بالقـــانون والتزامه بتطبيقه وتفسيره من تلقاء نفسه. ولا يجوز للقاضي أن يكلـــف الخصم بإثبات القانون أو يدعى جهله به ويمتنع بالتالي عن الفصل فـــي الدعوى لأنه يعتبر عندئذ مرتكبا لجريمة إنكار العدالة [٢].

ج- بالنسبة لمدى خضوع قاضى الموضوع لرقابة محكمة النقض فـــإن هذه الرقابة تخص العنصر القانوني في الدعـــوى دون عنصـــر الواقـــع فبالنسبة لهذا الأخير فإن القاضي يتمتع بسلطة تقديرية في فـــهم الواقـــع واستخلاصه من خلال أوراق الدعـــوى ودلائلـــها شـــريطة أن يكـــون

١- تنص هذه المادة على أن " على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه ".

٢- المادة ١٧ من قانون تنظيم القضاء.

لاستخلاصه سنداً ثابتا في أوراق وأن يكون ذلك متفقا مع التفسير المنطقي لأدلة الدعوى. أما بالنسبة للعنصر القانوني فإن محكمة النقض تستطيع بسط رقابتها على الحكم الصادر من قاضي الموضوع لمعرفة ما إذا كان قد شابه عيب مخالفة القانون أو الخطأ في تطبيقه وتفسيره.

وإذا كان الأصل هو أن القانون ليس محلاً للإثبات فإن هناك حالات استثنائية يلتزم فيها الخصوم بإثباته وبيان هذه الحالات كما يلي:-

الاستثناء الأول : إثبات القانون الأجنبي :

قد يكون بين أطراف الخصومة عنصرا أجنبيا كما هو الشأن في الوصية التي يوصى بها فرنسي لتونسي أو الزواج بين ألماني وأمريكية أو إبرام عقد بيع بين مصري وسوري في تركيا ففي مثل هذه الحالات قد يكون القانون الواجب التطبيق أمام القاضي المصري هو قانون أجنبي. وقد استقر القانون المصري[1] على أن الاستناد للقانون الأجنبي أمام القاضي المصري يعد إستادا لواقعة مادية يلتزم الخصوم بإثباتها وإن كان يجوز للقاضي أن يبحث تلقائيا عن أحكام هذا القانون لتطبيقه على النزاع والفصل فيه. ويرجع ذلك إلى أنه إذا كان القانون الأجنبي يعد واقعة مادية إلا أنه لا يعتبر من الوقائع التي ترتبط بطرفي الخصومة بل يمثل واقعة عامة يستطيع القاضي أن يبحث فيها ويقضي بعلمه الشخصي بشأنها [2].

وقد أيد جانب من الفقه ما ذهب إليه القضاء المصري من حيث التزام الخصوم بإثبات القانون الأجنبي في حين يرى البعض الآخر أن

١- أنظر على سبيل المثال : نقض ١٩٨٨/١/١٩ – مجموعة المكتب الفني – س ٢٨ – ص ٢٧٦.

٢- د/ نبيلة رسلان : الإثبات – مرجع سابق- ص ٢٦.

القانون الأجنبي يسرى عليه ما يطبق على القانون المصري من حيث وجوب علم القاضي به وعدم التزام الخصوم بإثباته. والواقع أننا نميل للاتجاه الأول لأنه من غير الممكن عملا أن يعلم القاضي بالقانون الأجنبي أو بالأحرى بالقوانين الأجنبية بذات الدرجة التي يعلم بها قانونه الوطني ولا شك أن إلزام القاضي المصري بذلك هو من باب التكليف بما هو مستحيل [١].

ونخلص مما سبق إلى أن الاعتبارات العملية هي التي أدت إلى اعتبار القانون الأجنبي المراد إثباته أمام القاضي المصري من قبيل الوقائع التي يلتزم الخصوم بإثباتها لأنه وإن كان يصعب على القاضي الوطني معرفة نصوص كافة القوانين الأجنبية فإن الأمر لا يقف عند هذا الحد فقط بل يمتد لضرورة علمه بفحوى النصوص الأجنبية واتجاهات المحاكم الأجنبية بشأنها وهو أمر لا يتصور قيام القاضي الوطني به مهما أوتى من علم وقدرة على البحث والتحصيل. وإذا كانت محكمة النقض المصرية تعتبر القانون الأجنبي من قبيل الواقع الذي يلتزم الخصوم بإثباته فإنه من حيث تطبيق القاضي له يعد من المسائل التي تخضع لرقابتها من حيث الخطأ في تأويله أو تطبيقه [٢].

الاستثناء الثاني : إثبات العرف المحلى :

من المعلوم أن العرف هو أحد مصادر القانون الذي يستطيع القاضي اللجوء إليه حين لا يجد نصا في القانون يحكم النزاع المعروض عليه أو حتى عند مخالفة العرف لقاعدة قانونية مكملة. وقد يكون العرف

١- أنظر في موقف الفقه من طبيعة القانون الأجنبي – د/ مصطفى عبد الحميد عدوى : المرجع السابق –ص٣٥ – د/ نبيلة رسلان : الإثبات – مرجع سابق– ص ٢٦-٢٧ – د/ محمد رفعت الصباحي : الإثبات القضائي –٢٠٠١/٢٠٠٢ –ص٤٣.

٢- د/ همام محمد محمود زهران : المرجع السابق– ص١٧.

عاما أو محليا والأول يأخذ حكم القانون من حيث افتراض علم القاضي به وعدم التزام الخصوم بإثباته. أما النوع الثاني فإنه يعد من قبيل الوقائع التي يجب على الخصوم إثباتها وقد أكدت محكمة النقض المصرية [1] على ذلك حين قررت أنه يجب على من يدعى قيام العرف أو العادة التجارية إثبات وجودها وأن كلا من المتعاقدين قد قصد إتباعها والالتزام بها. وقد ساوت محكمة النقض المصرية بين العرف و القانون من عدة نواحي منها [2] :

أ- أن قاضي الموضوع يخضع لرقابة محكمة النقض بالنسبة لتطبيق العرف وتأويله وبالتالي فإن الحكم يكون معيبا إذا أغفل عرفا موجودا أو استند إلى عرف غير موجود أصلا.

ب- إذا قام قاضي الموضوع بتطبيق العرف من تلقاء نفسه فإن حكمه يعتبر صحيحا ولا يعتبر ذلك منه قضاءا بعلمه الشخصي طالما بين في حكمه وجود هذا العرف ومصدرة. وفي نواحي أخرى تماثل محكمة النقض بين العرف والواقع حيث لا يجوز للأطراف التمسك به لأول مرة أمام محكمة النقض كما أنها اعتبرت أن استخلاص المحكمة لوجود العرف من عدمه هو من مسائل الواقع التي يستقل بها قاضي الموضوع طالما كان استخلاصه سائغا ومنطقيا.

الاستثناء الثالث : إثبات العادة الاتفاقية :

إذا كانت العادة الاتفاقية تتفق مع العرف في الركن المادي إلا أنها تختلف عنه في الركن المعنوي حيث لا يوجد لدى الأفراد الشعور بإلزامها. ويعنى ذلك أن الالتزام بالعادة الاتفاقية يستلزم علم الشخص بها ورغبته في الالتزام بمضمونها صراحة أو ضمنا. وعلى ذلك فإن العادات الاتفاقية تأخذ من حيث الإثبات حكم البنود التي يتضمنها

١- نقض ٦/١/-١٩٨١ الطعن رقم ١٦٠-س ٤٧ق.

٢- د/ همام محمد محمود زهران : المرجع السابق- ص ص ١٨-١٩.

التصرف القانوني وبالتالي يجب على من يستند إليها إثبات وجودها وقصد المدعى عليه الالتزام بها. ويجوز للمدعى إثبات العادة الاتفاقية بكافة طرق الإثبات نظرا لكونها من الوقائع القانونية. ويستقل قاضى الموضوع باستخلاص وجود العادة الاتفاقية من عدمه طالما كان استخلاصه سائغا [١]. وقد أيدت محكمة النقض المصرية اعتبار العادة الاتفاقية من قبيل الوقائع القانونية حيث قضت بأن على المدعى أن يثبت وجود العادة الاتفاقية بين الشركة والعاملين بها والتي تسمح لهم بالعمل في الخارج في غير أوقات العمل لديها كما يلتزم بإثبات أن كلا من المتعاقدين قد قصد الالتزام بها وإتباعها [٢].

الفصل الثالث

شروط محل الإثبات

إذا كان لأطراف الدعوى الحق في اختيار الوقائع التي يقدمون الدليل عليها أمام القاضي وصولا لتأييد وجود أو انقضاء الحق فإن تلك الحرية ليست مطلقة بل ترد عليها بعض الضوابط التي تقتضيها طبيعة الأشياء أو التي يضعها المشرع. ويجب بداءة أن نميز بين شروط محل الإثبات وهى ما سنقوم بدراسته من خلال هذا الفصل وبين شروط أدلة أو طرق الإثبات : فإذا كان المشرع قد حدد نصابا لما يجوز إثباته بالكتابة فإن هذا الأمر يتعلق بطرق الإثبات الجائز قبولها. بيد أنه إذا كان المشرع لا يجيز إثبات وقائع معينة لكونها تتعارض مع النظام العام والآداب العامة أو لأنها ليست منتجة في الدعوى أو غير مرتبطة بها تلك هي الأمور التي تعنينا في مجال شروط محل الإثبات التي إذا لم

١- د/ عصام محمد محمود زهران : المرجع السابق- ص ١٨.

٢- نقض ١٩٦٢/٥/٢٣ - الطعن رقم ٢٨٢- س٢٧ ق - مجموعة أحكام النقض- س١٣- ص٦٥٣.

تتوافر في واقعة ما يصبح إثباتها غير جائز بأي وسيلة من الوسائل أو الطرق حتى ولو كانت الوسيلة المستخدمة في إثباتها مقبولة في إثبات وقائع مماثلة [١]. وإذا حاولنا تقسيم شروط الواقعة أو الوقائع محل الإثبات فإننا نجد أنها تتفرع إلى شروط مفترضة بحسب طبيعة الأشياء وأخرى تشريعية وعلى ذلك فان هذا الفصل سينقسم إلى المبحثين التاليين:-

المبحث الأول

الشروط المفترضة

يقصد بالشروط المفترضة تلك التي يقتضيها الغرض من الإثبات وتفرضها طبيعة الأشياء وهى تتمثل في شرطين أساسيين هما :

الشرط الأول : أن تكون الواقعة محل نزاع

الواقع أن وظيفة الإثبات القضائي هي التي تفرض هذا الشرط إذ لا يتم اللجوء للقضاء إلا حين التنازع على وقائع معينة يلتزم القاضي ببيان وجه الحقيقة والعدل فيها. وعلى ذلك فإنه إذا كانت الواقعة محل الادعاء غير متنازع فيها فلا تكون هناك ضرورة لإثباتها ولا يكون على القاضي أن يهدر وقته للبحث في ثبوتها من عدمه طالما اعترف بها المدعى عليه [٢]. و تطبيقا لهذا الشرط فان محكمة النقض [٣] قد عابت على محكمة الموضوع بحثها في مستندات ملكية الحكومة لأرض محلا لنزاع رغم إقرار الخصم بملكية الحكومة لها و رغم ذلك انتهت محكمة الموضوع إلى أن المستندات التي قدمتها الحكومة غير كافية لإثبات

١- د/ سمير تناغو : المرجع السابق - ص٦١ والمراجع المشار إليها بهامش ٣.

٢ - د/ جميل الشرقاوى : المرجع السابق- ص١٣ - د/ سمير عبد السيد تناغو : المرجع السابق- ص٦٤ - أ/ محمد عبد الرحيم عنبر : قانون الإثبات رقم ٢٥لسنة ١٩٦٨ - ملحق مجلة المحاماة - العدد الثالث -السنة ٤٩- ص١٢.

٣- نقض ١٩٥٠/٣/٩مجموعة أحكام النقض - س١ -ص٣٢٤ - مشار إليه لدى د/ جميل الشرقاوى : المرجع السابق - ص١٣ - هامش٢.

ملكيتها للأرض. والسؤال الذي يطرح نفسه هنا هو لماذا بذلت المحكمة وقتا وجهدا لبحث أمر ملكية الدولة للأرض رغم إقرار الخصم بهذه الملكية وقد ترتب على بحثها لمسألة ليست محلا للنزاع جعل حكمها معيبا مستوجبا نقضه.

و إذا كانت الواقعة غير متنازع فيها بسبب إقرار الخصم بها فإنه يلزم أن يكون هذا الإقرار باتا وحاسما وغير متعارض مع النظام العام. فإذا كان الإقرار بهذه الواقعة قد استوفى تلك الشروط فإنه يؤدى لإعفاء المدعى من عبء الإثبات في حدود هذا الإقرار. وفى هذه الحالة لا يجوز لقاضى الموضوع إحالة الدعوى للتحقيق أو توجيه اليمين للخصم.

وقد تكون الواقعة غير متنازع عليها أيضا إذا أقام المشرع قرينة قانونية على ثبوتها دون حاجة إلى إقرار المدعى عليه بها. ومثال ذلك أن يتصرف أحد الشركاء في المال الشائع ثم يقوم الشريك الآخر بالتوقيع على العقد كشاهد فإن ذلك يعد قرينة على موافقته على هذا التصرف. ومن ذلك أيضا القرينة التي أقامها المشرع على أن الوفاء بأحد أقساط الأجرة يعد قرينة على الوفاء بالأقساط السابقة. وبالتالي فإن من يوفى بأجرة شهر ديسمبر يفترض وفائه بأجرة كافة الشهور السابقة من العام ذاته إلى أن يثبت العكس[1] .

ولا تعد الواقعة محلا للنزاع إذا كانت لا تعدو أن تكون من المعلومات العامة التي يعلمها الشخص العادي فمثل هذه الوقائع لا تحتاج لإثبات وإذا فصل فيها القاضي فإنه يعد قضاء بالمعلوم للكافة وليس بعلمه الشخصي [2].

١- المادة ٥٨٧ مدني وانظر أيضا المادتين ٣/٩٧٦،٩٦٣ من ذات القانون.

٢- د/ هشام محمد محمود زهران : المرجع السابق- ص ٢١.

وإذا اشتملت الدعوى على عدد من الوقائع أقر بها المدعى جميعا فلا يكون هناك مجالا للإثبات أما إذا أنكرها جميعا فإن الحاجة لإقامة الدليل عليها تدق بالنسبة لكافة وقائع الدعوى. على أن الخصم قد يعترف ببعض الوقائع وينكر بعضها الآخر وعندئذ يقتصر الإثبات على الوقائع التي لم يعترف بها الخصم فقط [١].

الشرط الثاني : أن تكون الواقعة محددة :

ترجع الحكمة من استلزام هذا الشرط للحفاظ على وقت وجهد القاضي عن طريق منع الخصوم من الادعاء بوقائع مبهمة أو يصعب إقامة الدليل عليها. كما يرمى هذا الشرط أيضا إلى قطع الطريق أمام من يحترفون استخدام سلاح التقاضي إضرار بالشرفاء وابتزازا لهم. وعلى ذلك فإن من يدعى أنه دائن لشخص آخر يجب أن يحدد مصدر هذا الدين هل هو عقد قرض أم أجرة مسكن أم ثمن شيء باعه إياه ..الخ. والواقعة غير المحددة قد تكون إيجابية كالمثال السابق وقد تكون سلبية كما لو ادعى أبناء المريض الذي توفى أن الطبيب المعالج قد أهمل في علاجه مما أدى لوفاته فعندئذ يجب أن يقوم المدعون بإثبات الوقائع التي تدل على هذا الإهمال كمخالفة الأصول الطبية واجبة الاتباع بشأن مثل هذا المريض [٢].

ويجدر التنويه إلى أن تقدير ما إذا كانت الواقعة محددة من عدمه هي من مسائل الواقع التي يستقل بتقديرها قاضى الموضوع ولا يخضع بشأنها لرقابة محكمة النقض ما دام استخلاصه محمولا على أسباب تبرره. ويجب أن يتوافر شرط تحديد الواقعة محل الإثبات على

١- د/ محمد حسن قاسم : أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية - منشورات الحلبي الحقوقية- بيروت ٢٠٠٢ - ص ٥٩-٦٠.

٢- في نفس المعنى د/ مصطفى عبد الحميد عدوى : المرجع السابق- ص ٣٨.

الأقل لحظة نظر القاضي في أمر إثباتها. و على ذلك فإذا كانت الوقائع المدعى بها غير محددة في صحيفة الدعوى فإن الخصم يستطيع تحديدها في المذكرات أو في طلب إحالة الدعوى للتحقيق أو طلب ندب خبير أو بصفة عامة عند مباشرة إجراءات الإثبات [١].

ويرى بعض الفقه [٢] استبعاد هذا الشرط على أساس أنه إذا كان من غير الممكن أو الجائز إثبات الواقعة المحددة إلا بواسطة الإقرار واليمين فإنه يجوز بالتالي اللجوء لهما في إثباتها. وطالما أن الواقعة غير المحددة يجوز إثباتها بالإقرار أو اليمين فإنه لا يجب استلزام أن تكون الواقعة محددة كشرط لقبولها كمحل للإثبات بل يمكن الاكتفاء بشرط ألا تكون هذه الواقعة مستحيلة الإثبات بالدليل الذي يراد إثباتها بواسطته. ويستفاد مما سبق أن هذا الفقه يساوى بين شرطي التحديد والإمكان وهو أمر قد لا يصدق دائما إذ قد تكون الواقعة غير محددة وتكون في ذات الوقت ممكنة الإثبات.

الشرط الثالث : أن تكون الواقعة ممكنة :

تكمن حكمة هذا الشرط في سد باب اللدد في الخصومة والكيد عن طريق التعسف في استخدام حق التقاضي كما ترجع أيضا إلى الرغبة في إعفاء القاضي من النظر في وقائع لا يمكن إثباتها مما يعني إهدار وقته وجهده بلا طائل. وعلى ذلك فإنه إذا كانت الواقعة المدعى بها مستحيلة الإثبات فإنها لا تصلح أن تكون محلا للإثبات. ومفاد ذلك أنه لا يمكن قبول دعوى إثبات نسب شخص يبلغ من العمر سبعون عاما

١- د/ همام محمد محمود زهران : المرجع السابق – ص٢٢ –المستشار/ عز الدين الديناصورى و الأستاذ/ حامد عكاز : المرجع السابق- ص٥١.

٢- د/ جلال على العدوى : مبادئ الإثبات في المسائل المدنية والتجارية –الإسكندرية ١٩٦٨ – ص٩٠.

لشاب لم يتعدى الثامنة عشر من عمرة إذ لا يتصور منطقيا أن يكون هذا الكهل ابنا لهذا الشاب[١].

وكون الواقعة غير ممكنة الإثبات قد يرجع لاستحالة تصديقها عقلا كما في المثال السابق كما يمكن أن يعود إلى عدم إمكانية الإثبات فعلا رغم إمكان تصديقها عقلا كما لو ادعى شخص أنه لم يقترض أي مبلغ من النقود طيلة حياته من أي شخص أو أنه لم يمرض طوال عمره [٢]. وتجدر الإشارة إلى أن الواقعة المطلقة التي يمكن تصديقها عقلا ويستحيل إثباتها عملا تتفق مع الواقعة غير المحددة فكلاهما لا يمكن إثباته [٣].

وتقدير ما إذا كانت الواقعة محل الإثبات ممكنة من عدمه هو أمر يدخل في عداد المسائل الموضوعية التي يستقل قاضى الموضوع بها ويتمتع بشأنها بسلطة تقديرية ولا يخضع في هذا التقدير لرقابة محكمة النقض طالما كان تقديره سائغا[٤].

المبحث الثاني

الشروط التشريعية لمحل الإثبات

يقصد بالشروط التشريعية الخاصة بالواقعة محل الإثبات تلك التي نص عليها المشرع المصري في المادة الثانية من قانون الإثبات التي تقضى بأنه " يجب أن تكون الوقائع المراد إثباتها متعلقة بالدعوى

١-ومثال ذلك أيضا أن يدعى شخص أعمى أنه شاهد هلال رمضان أو يدعى شخص أن آخر صدمه بسيارته بالأمس رغم أن المدعى عليه يكون قد توفى منذ عام.

٢- راجع د/ محمد حسين قاسم : المرجع السابق – ص ٦٥ .

٣- الإشارة السابقة.

٤- د/ همام محمد محمود زهران : المرجع السابق- ص٢٣ – -المستشار/ عز الدين الديناصورى و الأستاذ/ حامد عكاز: المرجع السابق – ص٥٢.

ومنتجة فيها وجائزا قبولها ". وهكذا يبدو بجلاء أن المشرع المصري يقتضي توافر ثلاثة شروط في الواقعة محل الإثبات وهى :-

الشرط الأول : أن تكون الواقعة متعلقة بالحق المنازع فيه :

حرصا على وقت وجهد القاضي و المدعى عليه فإنه يجب أن تكون الواقعة متعلقة بالحق المدعى به. ولا يثير الأمر صعوبة إذا كانت الواقعة محل الإثبات هي مصدر هذا الحق حيث لا يتصور وجود علاقة أقوى من العلاقة بين الحق ومصدرة [١]. على أن الإثبات لا يرد دائما على مصدر الحق لأن الحق ذاته ومصدرة أيضا ليسا سوى فكرة مجردة قد يصعب إثباتها كما هو الشأن بالنسبة لفكرة العمل غير المشروع إذ لا يمكن إثباتها إلا عن طريق إثبات الوقائع التي يستدل بها على وجود الخطأ. ونتيجة لما سبق فإنه يجب أن تكون الوقائع التي ينتقل إليها محل الإثبات قريبه ومرتبطة بمصدر الحق أو بالحق ذاته. وبمعنى أكثر تحديدا فإن شرط تعلق الواقعة بالدعوى هو تعبير عن المدى الذي يجوز فيه نقل محل الإثبات من مصدر الحق إلى واقعة أخرى قريبة ومرتبطة بذلك المصدر [٢].

و تعتبر الواقعة متعلقة بالدعوى في حالتين : أولاهما أن تكون هي مصدر الحق المدعى به أو تكون متصلة بالواقعة التي تمثل مصدر الحق المدعى به بحيث يستدل من هذه الواقعة البديلة على وجود الواقعة الأصلية ولو بطريقة راجحة إن لم تكن مؤكدة. وعلى هذا فإنه إذا كانت الواقعة البديلة غير مرتبطة بالواقعة الأصلية فلا تكون الواقعة الأولى قابلة للإثبات. ومن هذا فانه لا يمكن الاستدلال بواقعة الزوجية على وجود وكالة بين الزوجين. وتقدير ما إذا كانت الواقعة مرتبطة بالدعوى

١- د/ سمير عبد السيد تناغو : المرجع السابق - ص ٦٤.

٢- د/ سمير عبد السيد تناغو : المرجع السابق - ص ٤٦ والمراجع المشار إليها بهامش ١.

من عدمه هو من أمور الواقع التي يتمتع قاضى الموضوع بشأنها بسلطة تقديرية ولا يخضع في ذلك لرقابة محكمة النقض مـــا دام استخلاصه سائغا [١].

وإذا رأت محكمة الموضوع أن الواقعـــة المدعـــى بـــها غـــير مرتبطة بالحق المدعى به وجب عليها أن ترفض تلقائيا طلـــب الإحالـــة للتحقيق لإثباتها نظرا لعدم جدوى ذلك. ولا يعتبر اتفاق الخصوم علـــى اعتبار الواقعة مرتبطة بالدعوى ملزما للقاضي طالما لم يقـــر المدعـــى عليه بالحق المدعى به. وخلافا لذلك فإنه إذا اتفق الطرفان على اعتبـــار الواقعة غير مرتبطة بالدعوى فان هذا الاتفاق يخرج هذه الواقعـــة مـــن نطاق الإثبات في الدعوى و تصبح مما لم يطلبه الخصوم. وطبقا للمـــادة ٥/٢٤١ من قانون المرافعات فانه لا يجوز للقاضي أن يقضى أو يحقـــق فيما لم يطلبه الخصوم [٢].

الشرط الثاني : أن تكون الواقعة منتجة في الإثبات :

ويقصد بهذا الشرط أن يكون من شأن ثبوت هذه الواقعة اقتنـــاع القاضي بأحقية المدعى فيما ادعى به بحيث يترتب على هـــذا الاقتنـــاع إنهاء النزاع أو نقل عبء الإثبات أو تغير مسار الدعوى بصفة عامـــة [٣]. ولا شك أن كل واقعة منتجة في الدعوى تعد مرتبطة بها فـــي حيـــن لا يشترط أن تكون الواقعة المرتبطة بالدعوى منتجة فيها. ومثال ذلـــك أن استناد المستأجر لواقعة انتظامه في سداد الأجرة عن المدة السابقة لا يعد

١- وعلى ذلك فإنه إذا طلب أحد الخصوم أن تسمح له المحكمة بإثبات واقعة ما ثـــم رفضـــت المحكمة هذا الطلب دون بيان الأسباب المبررة لذلك كان حكمها معيبا وقابل للنقض لإخلاله بحق الدفاع على الأقل. نقض ١٩٨١/٤/١٦- الطعن ٣٣١ - س ٤٨ق.

٢- د/ همام محمد محمود زهران : المرجع السابق - ص ٢٤.

٣- د/ نبيلة رسلان - د/ عبد الحميد عثمان محمد : المرجع السابق - ص ٤٠٢.

منتجا في دعوى المطالبة بأجرة الشهر الحالي ذلك أن الوفاء بالأجرة بانتظام عن المدد السابقة لا يعنى يقينا سدادها عن المدة الحالية أو اللاحقة. وإذا كانت الواقعة المنتجة في الدعوى هي دائما مرتبطة بها فهل يعنى ذلك إمكانية الاستعاضة بشرط كون الدعوى منتجة عن استلزام كونها مرتبطة بالحق المدعى به.

والواقع أن الاعتبارات العملية تحول دون ذلك لأن قاضي الموضوع قد لا يتمكن في بداية نظره للدعوى التعرف على ما إذا كانت الواقعة منتجة من عدمه وبالتالي يجب أن تكون الواقعة المعروضة عليه مرتبطة بالدعوى ثم يقوم بعد ذلك ببحث ما إذا كانت هذه الواقعة منتجة من عدمه فإذا كانت منتجة استمر في بحثها أما إذا تبين له أنها غير ذلك فله أن يعدل عن إجراءات إثباتها وفقا للمادة ٩ من قانون الإثبات[١]. وقد أكدت محكمة النقض على ضرورة أن تكون الواقعة المراد إثباتها منتجة في الدعوى حيث قضت بأن طلب الخصم تمكينه من إثبات أو نفى دفاع جوهري بوسيلة من وسائل الإثبات الجائزة قانونا. التزام محكمة الموضوع بإجابته شرطه أن يكون منتجا في النزاع وليس في أوراق الدعوى والأدلة المطروحة عليها ما يكفى لتكوين عقيدتها [٢].

ويلاحظ أن تقدير ما إذا كانت الواقعة منتجة في الدعوى من عدمه يدخل في إطار الواقع الذي يستقل قاضى الموضوع بتقديره دون أن يخضع لرقابة محكمة النقض إلا إذا استند في أسباب حكمه لعدم كون

١- د/ جميل الشرقاوى : المرجع السابق - ص١٧ - د/ توفيق فرج : المرجع السابق - ص ٤٠ - ولمزيد من التفاصيل د/ رمضان أبو السعود : أصول الإثبات - مرجع سابق- ص ٢٧١ وما بعدها.

٢- نقض ١٩٩٤/١٢/٣- الطعن رقم ٢٣٩١- س ٥٩ق .

الواقعة منتجة إذ يحق لمحكمة النقض مراقبة الوصف القانوني الذي يسبغه القاضي على تلك الواقعة [١].

ويرى بعض الفقه [٢] أن رقابة محكمة النقض على محكمة الموضوع بشأن الوقائع المنتجة في الدعوى تختلف وفقا لما إذا كان ارتباط هذه الواقعة بالدعوى مباشرا أم غير مباشر ففي الحالة الثانية نكون بصدد مسألة موضوعية يستقل قاضي الموضوع بتقديرها ولا يخضع لرقابة محكمة النقض بشأنها إلا إذا بنى حكمه على أسباب قانونية غير دقيقة أو كان حكمه غير مسبب أو انطوى على تحريف لطلبات الخصوم الخاصة بإثبات الواقعة. أما إذا كان ارتباط الواقعة بالدعوى ارتباطا مباشرا بحيث يكون الحق المتنازع عليه يترتب على وجودها من عدمه فإن تقدير محكمة الموضوع لما إذا كانت هذه الواقعة منتجة في الدعوى يعد فصلا في مسألة قانونية تخضع بصددها لرقابة محكمة النقض.

ويلاحظ أن معظم الدعاوى المستعجلة كدعوى إثبات الحالة [٣] ودعوى سماع شاهد [٤] تفرض بطبيعتها الاكتفاء بشرط أن تكون الواقعة متعلقة بالدعوى دون النظر لما إذا كانت هذه الواقعة منتجة في الدعوى من عدمه. ويرجع ذلك إلى أن المطلوب في مثل هذه الدعاوى عادة هو إجراء وقتي لا يمس أصل الحق وبالتالي يكتفي القاضي بالنظر في مدى جدية النزاع وارتباط الواقعة محل الإثبات بالحق المدعى به.

١- د/ محمد حسن قاسم : المرجع السابق- ص ٦٩.

٢- د/ جلال العدوى : المرجع السابق - ص ص٩٤-٩٥.

٣- المادة / ١٣٣ من قانون الإثبات المصري.

٤- المادة / ٩٦ من قانون الإثبات المصري.

الشرط الثالث : أن تكون الواقعة جائزة الإثبات قانونا :

يستفاد من هذا الشرط أن الواقعة محل الإثبات يجب أن تكون مقبولة عقلا وقانونا. فإذا كانت الواقعة غير متصورة عقلا كمن يدعى أنه أقرض غيره مبلغا من المال يوم ٣١ فبراير أو من يدعى بنوته لمن يصغره سنا فإنها لا تكون جائزة الإثبات نظرا لاستحالتها لأن القول بغير ذلك يعنى إهدار وقت المحكمة فيما لا طائل منه ولا مردود له.

وقد تكون الواقعة غير جائزة الإثبات بحكم القانون كما في حالة عدم جواز إثبات عقد شراء المواد المخدرة من أجل المطالبة قضائيا بإلزام البائع بالتسليم أو بإلزام المشترى بالوفاء بالثمن أو بما تبقى منه[١]. و يمنع القانون إثبات بعض الوقائع في حالة كونها تتعارض مع قاعدة حجية الأمر المقضي به أو تتنافى مع قرينة قانونية قاطعة أو حفاظا على أسرار بعض المهن كالمحامى والطبيب [٢]أو حظر إفشاء الأسرار الزوجية على الزوجين حيث تقضى المادة ٦٧ من قانون الإثبات في هذا الصدد بأنه " لا يجوز لأحد الزوجين أن يفشى بغير رضاء الآخر ما أبلغه إليه أثناء الزوجية، ولو بعد انفصالهما، إلا في حالة رفع دعوى من أحدهما على الآخر أو إقامة دعوى على أحدهما بسبب جناية أو جنحة وقعت منه على الآخر ". ويجدر البيان بأن المشرع لم يساوى بين

١- د/ جميل الشرقاوى : المرجع السابق- ص ١٨.

٢- راجع المادة ٦٦ من قانون الإثبات والتي تنص على أنه " لا يجوز لمن علم من المحامين أو الوكلاء أو الأطباء أو غيرهم ، من طريق مهنته أو صنعته بواقعة أو بمعلومات، أن يفشيها، ولو بعد انتهاء خدمته، أو زوال صفته ما لم يكن ذكرها له مقصودا به ارتكاب جناية أو جنحة. ومع ذلك يجب على الأشخاص المذكورين أن يؤدوا الشهادة على تلك الواقعة أو المعلومات متى طلب منهم ذلك من أسرها إليه على ألا يخل ذلك بأحكام القوانين الخاصة بهم ". وجدير بالذكر أننا في هذه الحالة نكون أمام حالة واقعة جائزة القبول ولكن الدليل وهو الإثبات بالشهادة من هذه الفئات هو الذي لا يكون مقبول.

. الزوجية وبين الخطبة أو القرابة في هـذا الصدد حيث اعتبر الزوجيـة فقط هي التي تمنع الإثبات.

وقد ذهبت محكمة النقض المصرية إلى أن منع القـانون لبعـض الشهود من أداء شهادتهم لاعتبارات ابتغاها يـدور فـي إطـار حمايـة أطراف هذه العلاقة دون غيرهم. ومؤدى ذلك أن علاقة المحامي بموكله ليست سببا لعدم سماع شهادته في نزاع وكل فيه متى طلب منه موكلـه أو ورثته أداءها. وإذا تمسك الورثة بسماع شهادة مورثـهم ورفضـت المحكمة ذلك بدون مبرر كان حكمها قاصرا وينطوي على إخلال بحـق الدفاع [1]. وجدير بالتنويه أن اعتبار الواقعة محل الإثبات جائزة الإثبـات قانونا أم لا هي من مسائل القانون التي يخضع فيها قـاضي الموضـوع لرقابة محكمة النقض. ويرجع ذلك إلى أن عدم جواز إثبـات الواقعـة يرجع دائما إلى نص في القانون يمنع ذلك[2].

الباب الثاني

عبء الإثبات

الأصل هو براءة الذمة وعلى من يدعى خلاف ذلـك أن يثبتـه سواء كان مدعى أو مدعى عليه فإذا عجز من يتحمل عبء الإثبات عـن إقامة الدليل على ما يدعيه فإن الحكم يصدر لصالح خصمه حتى ولو لـم يقدم هذا الأخير دليلا كافيا على براءة ذمته [3]. وبسـبب أهميـة عـبء

١- نقض ١٩٩٢/٥/٢٦ – الطعن رقم ١٤٣ –س ٥٨ ق.

٢- د/ محمد حسن قاسم : المرجع السابق– ص ٧٥ والمراجع المشار إليها بهامش ٢ – د/ همام محمد محمود زهران : المرجع السابق – ص ٢٨.

٣- د/ مصطفى عبد الحميد عدوى : المرجع السابق – ص١٤.

الإثبات فإن المشرع المصري قد خصص له المادة الأولى من قانون الإثبات التي تنص على أن " على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه ". ولا شك أن تحديد الطرف الذي يتحمل عبء الإثبات له تأثير واضح على سير الخصومة ونتائجها حيث يلقى عليه عبء جسيم يترتب على الإخفاق في النهوض به نتائج خطيرة على حقوقه ومصالحه في حين يكفى الطرف الآخر أن يتخذ موقفا سلبيا في انتظار مدى قدره المدعى على النهوض بعبء الإثبات [١].

الفصل الأول

تحديد من يتحمل عبء الإثبات

من المسلم به أن المدعى هو الذي يتحمل عبء الإثبات أما المدعى عليه فإنه لا يلتزم بإثبات عدم صحة الإدعاء. وبمعنى آخر فإن عبء الإثبات يقع على عاتق من يدعى الواقعة وليس على من ينكرها [٢]. ويقصد بالمدعى في مجال عبء الإثبات من يدعى خلاف الظاهر ولا يشترط أن يكون هو رافع الدعوي [٣] إذ قد يكون هو رافع الدعوى أو المدعى عليه أو حتى خصم تم إدخاله في الدعوى بعد رفعها. ويستوي أن يكون الادعاء بطلب أصلى أو عارض ولا فرق أيضا بين أن يبدى المدعى دفعا موضوعيا أو شكليا أو حتى دفعا بعدم القبول. وإذا ألقت المحكمة بعبء الإثبات على الطرف غير المكلف به قانونا فإن حكمها

١- المستشار/ عز الدين الديناصورى و الأستاذ / حامد عكاز : المرجع السابق- ص١٠.

٢- د/ محمد لبيب شنب : المرجع السابق- ص١١ وهامش٢ بذات الصفحة.

٣- أنظر المادة ٤٤٨ من القانون المدني العراقي التي تنص على أن " البينة على من ادعى واليمين على من أنكر. والمدعى هو من يتمسك بخلاف الظاهر والمنكر من يتمسك بإبقاء الأصل ".
مشار إليها لدى د/ همام محمد محمود زهران : المرجع السابق - ص ٣٢.

يكون مخالفا للقانون ويتعين نقضه. و يلتزم المدعى باعتبـــاره الطــرف الذي يتحمل عبء الإثبات بالإتيان بالأدلة على صدق ما يدعى ويجــب على القاضي ألا يحول بينه وبين تقديم الأدلة على وقائع محددة ومنتجــة وجائزة الإثبات قانونا وإلا تكون المحكمة قد أخلت بحقه في الدفاع ممــا يشوب حكمها بالقصور. على أن المدعى لا يستطيع أن يطالب خصمـــه بمعاونته على جمع الأدلة التي تدينه حيث لا يجوز – في غير الأحـــوال المحددة قانونا – إلزام الخصم بتقديم دليل ضد نفســـه. ولا يمنـــع ذلـك محكمة الموضوع من تأسيس حكمها على دليل قدمه الخصم غير المكلف بالإثبات. و يجوز للمدعى الذي يتحمل عبء الإثبات أن يستند في إثبـات ما يدعى إلى الأدلة أو المستندات التي قدمها خصمه [١].

الفصل الثاني
تداول عبء الإثبات

إذا نجح المدعى في إثبات دعواه فإن عبء الإثبات ينتقل إلى المدعــى عليه لتفنيد أدلة المدعى وإثبات عكسها وهكذا يظل عبء الإثبــات فــي الدعوى ينتقل بين طرفي الخصومة وفقا لما يدعيه كل طرف حتى يعجز من وقع عليه العبء في آخر مراحله عن إقامة الدليل على مــا يدعــى فتكون النتيجة المنطقية هي خسارته للدعوى [٢]. ويصف البعض انتقـــال

١- المادة ٢٥ من قانون الإثبات التي تنص على أنه " إذا قدم الخصم محررا للاستدلال به فـــي الدعوى فلا يجوز له سحبه بغير رضاء خصمه إلا بإذن كتابي من القاضي أو رئيس الدائرة بعد أن تحفظ منه صورة في ملف الدعوى يؤشر عليها قلم الكتاب بمطابقتها للأصل ".

٢- د/ توفيق فرج : المرجع السابق- ص ٣٣.

عبء الإثبات من طرف لآخر بأنه يشبه لعبة " البنج بونج " حيث يجب على كل ضارب أن يرد الكرة لملعب الآخر ومن يخفق يفقد النقطة[١].

ويكفي لنقل عبء الإثبات للخصم الآخر أن يقدم المدعى دليلا على رجحان حقه حتى ولو لم يكن هذا الدليل قاطعا أو حاسما في ثبوت هذا الحق [٢]. ويرى بعض الفقه[٣] أن من مصلحة من يتحمل عبء الإثبات أن يثبت ظاهر حقه حتى ينتقل عبء الإثبات إلى الخصم الآخر الذي يتحمل عبء إثبات نفي وجود هذا الحق أو نفي مقوماته أو عناصر الوقائع التي تمثل مصدرة. وعلى ذلك فإن على من يطالب بدين له لدى خصمه أن يثبت وجود عقد قرض بينهما يمثل مصدر هذا الدين وعندئذ يكون على الخصم إثبات بطلان هذا العقد أو انقضاؤه بالوفاء وهذا- بلا شك- هو الجانب الأكثر صعوبة في الإثبات.

وقد يصعب على من يتحمل عبء الإثبات تقديم الدليل على دعواه بل قد يستحيل عليه ذلك أحيانا ولذلك يتدخل المشرع حيث يفترض ثبوت هذه الوقائع عن طريق القرائن القانونية. ويعني ذلك أنه إذا توافرت الظروف التي يتطلبها المشرع لإعمال القرينة فإن المدعي يعفى من تقديم الدليل الذي كان يجب عليه تقديمه لولا وجود تلك القرينة [٤]. ولا يخفى على الفطنة أن القرائن قد تكون قاطعة بحيث لا يجوز إثبات عكسها وبالتالي فإنها تعفي من تقررت لصالحه من الإثبات بصورة كاملة. ومثال ذلك مسئولية حارس الحيوان أو حارس الآلات

١- راجع في ذلك د/ مصطفى عبد الحميد عدوى : المرجع السابق- ص١٥ والمرجع المشار إليه بهامش ٢.

٢- د/ همام محمد محمود زهران : المرجع السابق - ص ٤١.

٣- د/ أحمد أبو الوفا : التعليق على قانون الإثبات- ص ٢٩.

٤- د/ توفيق فرج : المرجع السابق - ص٣٣.

الميكانيكية التي تطلب حراستها عناية خاصة إذ لا يكون على من يطالب بالتعويض عن الضرر الناشئ عن هذه الأشياء إثبات خطأ الحارس لأنـه مفترض قانونا وفقا لقرينة التقصير في الحراسة. و لا يجوز للحـارس أيضا أن يتخلص من آثار المسئولية عن طريق إثبات أنه قد قام بواجـب الحراسة بعناية لأننا بصدد قرينه قانونيه قاطعـة غـير قابلـة لإثبـات العكس[١]. وقد تكون القرينة القانونية بسيطة أي قابلة لإثبـات عكسـها وهذه يقتصر دورها على نقل عبء الإثبات ولا تعفى المدعى نهائيا مـن الإثبات. ومثال ذلك ما تقرره المادة ٥٨٧ من القانون المدني المصـري بشأن الوفاء بقسط من الأجرة حيث يعد ذلك قرينة بسيطة علـى الوفـاء بالأقساط السابقة. و يجوز المؤجر إثبات عكس ذلـك كـأن يثبـت أن المستأجر وإن كان قد قام بسداد أجرة الشهر الحالي إلا أنه لـم يوفـى بأجرة الشهور الثلاثة السابقة مثلا وفى هذه الحالة يعود عبء الإثبـات إلى المستأجر لإثبات واقعة الوفاء بتلك الأجرة محل المطالبة القضائية.[٢]

الفصل الثالث

الاتفاقات المتعلقة الإثبات

بينا سلفا أن بعض قواعد الإثبات ترتبط بالنظام العام بينما لا يرتبـط البعض الآخر به وهو ما يوضح لنا مدى إمكانية الاتفاق علـى تعديـل عبء الإثبات ونقله من طرف لآخر أو تعديل أدلة الإثبات كالاتفاق علـى أن يكون الإثبات بالكتابة رغم عدم وصول مقدار الحـق المدعـى به لنصاب الإثبات بها كما لو كان مقدار هذا الحق محدد القيمة ويقل عـن

١- د/ سليمان مرقص : الإثبات -١٩٥٧ - ص ٢٩. .

٢- أنظر كذلك القرينة الواردة بالمادة ٩٧١ مدني.

٥٠٠ جنيها. ولا شك أن الاتفاق بين الخصوم إذا تعارض مع قاعدة إجرائية من قواعد الإثبات والتي تعتبر من النظام العام فإنه يكون باطلا ولا أثر له. أما إذا كانت القاعدة التي يخالفها الاتفاق المعدل لعبء الإثبات لا ترتبط بالنظام العام فإن هذا الاتفاق صحيحا وفقا لمحكمة النقض[١] والفقه الراجح. ويرجع ذلك إلى أن القواعد الموضوعية للإثبات في غالبيتها تتعلق بحماية مصالح خاصة هي حقوق أطراف الدعوى وبالتالي يجوز لهم من باب أولى التنازل عن التمسك بتلك القواعد والاتفاق على مخالفته لأنه يمكنهم التنازل عن هذه الحقوق ذاتها.

وقد سار المشرع على ذات النهج ومن ذلك نص المادة ١/٦٠ من قانون الإثبات الذي يقضي بأنه " في غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على خمسمائة جنيه أو كان غير محدد القيمة فلا تجوز شهادة الشهود في إثبات وجوده أو انقضائه ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك " . وهكذا يبدو أننا بصدد قاعدة قانونية مكملة أو مفسرة مما يجيز للأطراف مخالفتها و لا يكون الاتفاق المخالف لها مشوبا بالبطلان [٢]. وجدير بالبيان أن قاعدة أن المدعى هو الذي يتحمل عبء الإثبات ليست من النظام العام وهو ما يعني جواز الاتفاق على خلافها لكونها تتعلق بحقوق الأفراد أكثر من ارتباطها بتنظيم التقاضي والبحث عن الحقيقة والعدالة [٣]. وقد قضت محكمة النقض المصرية في هذا الصدد بأن " القواعد التي تبين على أي خصم يقع عبء الإثبات لا تتصل بالنظام العام ويجوز للخصم الذي لم يكن

١- أنظر على سبيل المثال نقض ١٩٥٣/١١/٢٦ - مجموعة أحكام النقض - س٥ - رقم ٢٨ - نقض جنائي جلسة ١٩٥١/١٢/١٠- مجلة المحاماة - السنة ٣٢ - رقم ٦٦٦.

٢-في نفس المعنى د/ جميل الشرقاوى : المرجع السابق- ص٢٩.

٣- د/ همام محمد محمود زهران : المرجع السابق - ص ٤٣.

مكلفا في الأصل بحمل عبء إثبات واقعة معينة أن يتطوع لإثباتها بطلب إحالة الدعوى إلى التحقيق من أجلها، فإذا أجابته المحكمة إلى طلبه امتنع عليه أن يحتج بأنه لم يكن مكلفا قانونا بالإثبات وذلك على أساس أن تقدمه بهذا الطلب وسكوت خصمه عنه يعد بمثابة اتفاق بينهما على نقل عبء الإثبات إليه [١].

الباب الثالث

قيود الحق في الإثبات

الإثبات القضائي يمثل حقا للخصم وواجبا عليه في ذات الوقت. و على ذلك يجب على الخصم ممارسته كحق أو النهوض بعبئه كواجب في إطار التنظيم الموضوعي والإجرائي للإثبات. وبصفة عامة فإن هناك بعض الضوابط أو القيود التي ترد على استعمال الحق في الإثبات أهمها [٢]:-

١- ضرورة الالتزام بالطرق التي حددها المشرع وبالتالي فلا يجوز للمدعى مثلا أن يقوم بتجزئة إقرار الخصم بحيث يأخذ منه ما يفيده ويطرح الباقي جانبا لأن القاعدة هي عدم تجزئة الإقرار.

٢- يجب أن تتوافر في الواقعة التي يدعى بها الخصم شروط معينة وهى أن تكون ممكنة ومنتجة في الدعوى وجائزة الإثبات قانونا .

٣-يتقيد الحق في الإثبات أيضا بسلطة القاضي التقديرية في الاقتناع وفى تسيير إجراءات الخصومة. على أن أهم قيود مباشرة الحق في

١- نقض ١٩٦٦/١١/٢٩- مجموعة المكتب الفني- س١٧ - ص ١٧٣٥.

٢- راجع في ذلك د/ محمد حسن قاسم : المرجع السابق - ص ص ٨٦-٨٧ والمراجع المشار إليها ص ٨٧ بالهامش.

الإثبات تتمثل في القيود الثلاثة التي سنبينها بإيجاز في الفصول الثلاثة التالية.

الفصل الأول

عدم جواز اصطناع الخصم دليلا لصالح نفسه

تمثل قاعدة أنه لا يقبل من الخصم أن يصطنع دليلا لصالح نفسه قاعدة منطقية تقتضيها طبيعة الأمور لأن القول بغير ذلك يعنى تعرض كل إنسان في ماله ونفسه لادعاءات لا حصر لها وهو ما يتعارض مع جوهر القانون ومع العدل والنظام وهما أساس وجود القانون [١]. وعلى ذلك فإنه لا يجوز للخصم أن يكتفي بأقواله أو بأوراق دونها بنفسه للادعاء بحق في ذمة الغير. على أنه رغم أهمية هذه القاعدة في صون الحقوق وحماية الأموال فإن الأخذ بها على إطلاقها قد يرتب نتائج عكسية ولذلك فإن المشرع قد خرج عليها في عدة حالات كما لو أقر الخصم بالحق المدعى به وقبل الدليل الذي اصطنعه خصمه لصالح نفسه صراحة أو ضمنا. ويرجع بعض هذه الاستثناءات إلى نص القانون ذاته. ومن ذلك ما تقرره المادة ١/١٧ من قانون الإثبات الذي أجاز إستثناءات احتجاج التاجر بدفاتره في الإثبات لصالحه لإثبات ما ورده لعملائه بشروط معينة. على أن الدفاتر التجارية لا تعتبر في هذه الحالة دليلا كاملا بل مجرد أساس يجيز للقاضي توجيه اليمين المتممة إلى أحد الطرفين. ويجيز القانون التجاري أيضا للتاجر أن يتخذ من دفاتره المنتظمة دليلا لصالحه

١- د/ سمير عبد السيد تناغو : المرجع السابق- ص٢٧. وقد قضت محكمة النقض المصرية في هذا الصدد بأنه لا يملك الشخص – طبيعي أو معنوي – أن يتخذ من عمل نفسه لنفسه دليلا يحتج به على الغير. فدفتر الناظر المثبت لحساب الوقف ومقدار ما يستحقه كل من المستحقين لا يعتبر دليلا لورثته على المستحقين بقبضهم قيم استحقاقهم ما دام لا توقيع لهم على هذا الدفتر يثبت القبض – نقض ١٩٩١/٣/٢٦ – الطعن رقم ٣١٧٠.

في الدعاوى التي يكون كل من طرفيها تـــاجرا[١]. ويشـــترط للاحتجــاج بالدفاتر التجارية عدة شروط بحسب **صفة الخصم** وبيان ذلك فيمـــا مـــا يلي:

أولا : إذا كان الخصم غير تاجر :

في هذه الحالة يلزم توافر الشروط التالية:

الشرط الأول : أن يتعلق النزاع بما وردة التاجر لغير التاجر:

ويعنى ذلك أن دفاتر التاجر تصلح للإثبات لصالحه ضد عميلة غير التاجر إذا كان محل النزاع أشياء وردها التاجر لعميلة كما لو كان يـورد له سلعا أو مواد غذائية أو غير ذلك وفقا لنوع النشـــاط التجـاري الـذي يمارسه التاجر صاحب الدفتر. وعلى ذلك فإذا كان النزاع بيـــن التـــاجر وخصمه غير التاجر يتعلق بأجرة منزل يستأجره هذا الخصم من التـــاجر أو بتعويض عن ضرر ألحقه العميل بالتاجر فإن دفاتر هـــذا الأخـير لا تصلح للإثبات في هذه الحالة لأن التاجر لا يدون بها تفصيلا إلا ما يتعلـق مباشرة بنشاطه التجاري.

الشرط الثاني : ألا يجاوز الحق الذي يدعيه التاجر حدود الإثبات بالبينة :

ويستفاد من هذا الشرط أن المبلغ الذي يطالب به التاجر يجب ألا يجاوز ٥٠٠ جنيها مصريا. فإذا جاوز مقدار الحق الذي يدعيه التاجر فـي ذمة العميل هذا النصاب فلا يجوز الاستعانة بالدفاتر التجارية لإثباتـــه إلا إذا كان هناك مانعا ماديا أو أدبيا حال دون إثبات هذا الحق في الدفـاتر أو الحصول بشأنه على دليل كتابي.

١- د/ توفيق فرج : قواعد الإثبات – المرجع السابق- ص –٢٨- فقرة ١٣ – د/ همام محمـد محمود زهران: المرجع السابق- ص ٨٠.

الشرط الثالث : أن يقوم القاضي بتوجيه اليمين المتممة لأحد الطرفين :

وهذا الشرط يفترض أن الدفاتر التي يتمسك بها التاجر منتظمة إذ يترتب على عدم انتظامها اعتبارها مجرد قرينة قضائية يستطيع القاضي إغفالها تماما ومطالبة التاجر المدعى بتقديم دليل آخر.

ثانيا : إذا كان الخصم تاجرا :

يشترط لاستعانة التاجر بدفاتره في الإثبات لصالحة في هذه الحالة توافر عدة شروط هي :

الشرط الأول: أن يكون محل النزاع عملا تجاريا بالنسبة للطرفين :

وعلة هذا الشرط أن التاجر يدون معاملاته التجارية في دفاتره بصورة تفصيلية واضحة أما المسحوبات الشخصية فإنها تدون بصورة إجمالية مبهمة لا يمكن معرفة تفاصيلها ومجال إنفاقها.

الشرط الثاني : أن يكون كلا من الخصمين ملتزما بإمساك الدفاتر التجارية :

المعروف أن المشرع لا يلزم التاجر بإمساك الدفاتر التجارية إلا إذا بلغ رأس المال الذي يستثمره حدا معينا. وعلة استلزام هذا الشرط هي أن القاضي يستطيع التوصل إلى حقيقة النزاع عن طريق مضاهاة دفاتر كلا من الخصمين وبالتالي يجب أن يكون كلا منهما ملتزم قانونا بإمساك الدفاتر التجارية إذ بغير ذلك لا يمكنه المضاهاة.

الشرط الثالث : أن تكون دفاتر كلا من الخصمين منتظمة:

ويقصد بانتظام الدفاتر التجارية أن يكون التاجر قد التزم في إمساكها وتدوين ما بها من بيانات بالقواعد القانونية المتعلقة بها. ويرجع استلزام هذا الشرط إلى أن الدفاتر الخاصة بالطرفين إذا لم تكن منتظمة فإن المضاهاة بينهما لا يمكن أن تساعد القاضي على الفصل في النزاع. وعلى ذلك فإن للقاضي عندئذ أن يكلف المدعى بتقديم دليل آخر غير

الدفاتر التجارية. وتجدر الإشارة إلى أنه وفقا لمبدأ حرية الإثبات الذي يسود المعاملات التجارية فإن الخصم الذي يضار من البيانات الواردة بالدفتر المنتظم أو غير المنتظم يمكنه إثبات عكس ما ورد بالدفتر بكافة طرق الإثبات.

الفصل الثاني

عدم التزام الشخص بتقديم دليل ضد نفسه

سبق أن بينا أن المدعى هو الذي يتحمل عبء الإثبات وأنه لا يجوز للمدعى أن يطالب خصمه بمساعدته في الإثبات أو إجباره على تقديم دليل ضد نفسه. على أن الأخذ بهذه القاعدة على إطلاقها قد يتعارض مع اعتبارات العدالة أو يبرر التعسف في استخدام المدعى عليه لحقه في عدم تقديم ما تحت يده من أدلة ضده. وعلى ذلك فإن المشرع قد أورد عدة إستثناءات على مبدأ تحمل المدعي وحدة لعبء الإثبات وتقديم الأدلة على صحة ما يدعى به.

المبحث الأول

حالات إلزام الخصم بتقديم ما تحت يده من أوراق

تتمثل هذه الحالات في الاستثناءات الثلاثة التالية :

أولا : إذا كان القانون يجيز مطالبة الخصم بتقديم المستند الذي تحت يده:

قد يرد نص في القانون يلتزم بموجبه الخصم بأن يقدم ما تحت يده من أوراق حتى وإن كان ذلك ضد مصلحته ومن ذلك نص المادة ١٦ من القانون التجاري المصري التي تجيز الاطلاع على دفاتر التاجر حتى وإن كان ذلك من شأنه استخلاص دليل ضده. وحيث أن الاستثناء يجب ألا يفسر تفسيرا واسعا. وحيث أنه يلزم أيضا الحفاظ على أسرار التاجر التي

تذخر بها دفاتره فإن المشرع جعل الاطلاع على الدفاتر جائزا في أربع حالات على سبيل الحصر ينتفي فيها الخطر الذي يهدد الأسرار التجارية لصاحب الدفتر محل الاطلاع وهى : مواد الأموال المشاعة ومواد التركات وقسمة الشركات وحالة الإفلاس. وحري بالذكر أن الاطلاع هنا يرد على دفتر اليومية ودفتر صور المراسلات ودفتر الجرد. وللمحكمة أن تأمر به من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الخصوم. كما أن الاطلاع يكون بصفة عامة في المنازعات التجارية أما في المنازعات المدنية فلا يجوز الاطلاع على دفاتر التاجر إلا في الحالات الأربع السابق ذكرها.

وإذا كان النص السابق يتعلق بوضع التاجر لدفاتره تحت تصرف خصمه ليستخلص منها ما يؤيد دعواه من الأدلة فإن المادة ١٨ من ذات القانون قد أعطت المحكمة الحق في إلزام التاجر بتقديم دفاتره لها ليستخلص منها القاضي بنفسه أو عن طريق خبير ما يلزم من الأدلة للفصل في الدعوى. وقد تقرر المحكمة إلزام التاجر بتقديم دفاتره من تلقاء نفسها أو بناء على طلب الخصم كما أن المحكمة أو الخبير يجب أن يلتزم بالغرض من التقديم بحيث لا يطلع إلا على أجزاء الدفاتر التي تتضمن البيانات المنتجة في النزاع [1] .

ومن جانبها فإن المادة [2] ٢٠ من قانون الإثبات قد أوردت تطبيقا آخر حين نصت على أنه " يجوز للخصم في الحالات الآتية أن يطلب إلزام خصمه بتقديم أي محرر منتج في الدعوى يكون تحت يده :

١- د/ سمير عبد السيد تناغو : المرجع السابق- ص ٣٨ - د/ محمد حسن قاسم : المرجع السابق- ص ٩٢.

٢ -ومثال ذلك أيضا نص المادة ٥١٩ من القانون المدني الذي يجيز للمحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الشركاء غير المديرين في الشركات المدنية بتقديم دفاتر الشركة ومستنداتها. ومن الحالات التي يجيز فيها المشرع مطالبة الخصم بتقديم أو تسليم ما تحت يده من مستندات نص المادتين ١٦ ، ١٨ من القانون التجاري السالف بيان أحكامهما .

أ) إذا كان القانون يجيز مطالبته بتقديمه أو تسليمه ..... ". وعلى ذلك فإنه كلما كان هناك نصا قانونيا يلزم الخصم بتقديم ما تحت يده من محررات منتجة في الدعوى فإن الاستثناء من قاعدة عدم جواز إجبار الخصم على تقديم ما تحت يده من مستندات يجد مجاله في التطبيق. ولا يشترط أن يكون القانون الذي يلزم الخصم بتقديم أو تسليم المستند الذي في حوزته هو القانون المدني أو التجاري أو المالي إذ يكفي أن يرد الإلزام ضمن قواعد أي فرع من فروع القانون أو بموجب لائحة أو ولاية جهة إدارية أو قضائية كتقديم إثبات الشخصية لرجل الشرطة أو تقديم الفواتير والدفاتر لمأمور الضرائب [١]. وجدير بالذكر أن المشرع لم يحدد نصابا لقيمة الالتزام الثابت بالورقة التي يجوز للخصم إلزام خصمه بتقديمها [٢] .

ثانيا : حالة المحرر المشترك بين الخصوم:

وفقا للمادة ٢٠/ب من قانون الإثبات فإنه يجوز إلزام الخصم بتقديم أي محرر منتج في الدعوى يكون تحت يده إذا كان هذا المحرر مشتركا بينه وبين خصمه. ويعتبر المحرر مشتركا إذا كان لمصلحة الخصمين أو مثبتا لالتزاماتهما وحقوقهما المتبادلة. ويلزم لإجبار الخصم على تقديم أو تسليم المحرر الموجود تحت يده أن يكون هذا المحرر لازما للفصل في الدعوى. وبالتالي يجوز لمحكمة الموضوع أن ترفض طلب الخصم بإلزام خصمه بتقديم محرر غير منتج في الدعوى طالما تستطيع الفصل في الدعوى وتكوين عقيدتها بدونه. ويرجع ذلك إلى أن اعتبار المحرر منتجا في الدعوى من عدمه هي مسألة موضوعية يستقل القاضي

١- المستشار / عز الدين الديناصوري -والأستاذ/ حامد عكاز : المرجع السابق- ص ١٨٤.

٢- نقض ١٩٨٧/١١/٢٢ - س ٣٨ -ص ٩٩٠.

بتقديرها دون أن يخضع لرقابة محكمة النقض شريطة أن يكون استخلاصه سائغا [١].

*** حالات اعتبار المحرر مشتركا بين الخصمين :**

حددت المادة ٢٠/ب من قانون الإثبات حالتين يكون فيها المحرر مشتركا بين الخصمين وهما :

١-**ذا كان المحرر لمصلحة الخصمين** : والفرض هنا أننا بصدد عقد يتعدد أفراد أحد أطرافه في حين لم يحرر هذا العقد سوى من نسخة واحدة. ومثال ذلك أن يشترك عدة شركاء أو أشقاء في شراء شقة كمقر لنشاطهم المهني أو التجاري أو الصناعي في حين يحرر العقد من نسخة واحدة تكون في حيازة أحدهم فقط ثم تثار منازعة بينهم بخصوص هذا العقد.

٢- **إذا كان المحرر ينظم ما بين أطرافه من حقوق أو التزامات متبادلة:** ومثال ذلك المحررات المثبتة للعقود الملزمة للجانبين كالنقل والبيع والإيجار والتأمين.. الخ. ويرجع إلزام الخصم الذي توجد نسخة العقد تحت يده على تقديمها أو تسليمها للخصم الآخر إلى أن هذا المحرر لا يخصه وحدة بل يتعلق بمصلحة طرفي الخصومة وبالتالي فإن انفراد أحدهما بهذا المحرر يجافى العدالة. ولا يشترط أن يصل الحق الثابت في المحرر نصابا معينا حتى يجوز إلزام الخصم بتقديمه إذ أن علة الإلزام بتقديمه هي كونه مشتركا بين الخصمين بغض النظر عن قيمة الحق أو الالتزام الثابت به [٢].

ولا يشترط لإجابة الخصم إلى طلبه بإلزام خصمه بتقديم المحرر المشترك بينهما أن يكون قد فقد النسخة الخاصة به من المحرر بل يكفي لإجابة طلبه أن يكون المحرر مشتركا حتى ولو كان من نسخة واحدة بيد

١- نقض ١٨/٤/١٩٩٣ الطعن رقم ٧٢٥- س ٥٨ق.

٢- د/ همام محمد محمود زهران : المرجع السابق- ص ٧٠.

المدعى عليه. ويستقل قاضي الموضوع بتقدير ما إذا كان المحرر مشتركا من عدمه دون أن يخضع لرقابة محكمة النقض طالما كان تقديره منطقيا.

وقد أكدت محكمة النقض على هذا المعنى حين قضت بأنه يعتبر المحرر مشتركا في مفهوم المادة ٢٠ من قانون الإثبات إذا كان لمصلحة خصمي الدعوى أو كان مثبتا لالتزاماتهما وحقوقهما المتبادلة، وكان الثابت أن الطاعن الأول الذي ادعي صدور عقد الوعد بالبيع المؤرخ ١٩٦٤/١/١٢ لصالحه من مورث المطعون ضدهم وقدم صورة ضوئية له لم يطلب من المحكمة إلزام المطعون ضده الأول بتقديم أصله الموجود تحت يده، وإنما طلبة باقي الطاعنين الذين لم يدعوا أنهم طرفا فيه ومن ثم فلم تنشأ لهم بهذه المثابة علاقة قانونية مشتركة بينهم وبين المطعون ضده الأول تولد التزامات متبادلة تخول لهم طلب إلزامه بتقديم أصل هذا المحرر، ومن ثم فإن الحكم المطعون فيه إذا انتهي إلى عدم توافر شروط هذا الطلب فإنه يكون قد أصاب صحيح القانون ولا يعيبه القصور في أسبابه القانونية إذ لمحكمة النقض أن تستكمل هذه الأسباب دون أن تنقضه، ويكون هذا النعي على غير أساس [1].

ثالثا : حالة استناد الخصم إلى المحرر في أية مرحلة من مراحل الدعوى :

يقصد بهذه الحالة أن يستند الخصم إلى محرر معين في إحدى مراحل الدعوى دون أن يقدمه فعلا. ويرجع إلزام الخصم بتقديم مثل هذا المحرر للتحقق من وجودة و من مضمونة والتأكد من سلامته المادية ومن صحة التوقيعات الموجودة عليه. والواقع أن القول بغير ذلك يعنى السماح لكل خصم بأن يلوح لخصمه في الدعوى بمحرر ما دون أن يقدمه فعلا بما يؤثر على عقيدة المحكمة دون أساس حقيقي يبرر ذلك [2].

١- نقض ١٩٩٠/١١/٢٢ – الطعن رقم ١٧٣٠٣- س٥٧ ق.

٢- د/ محمد حسن قاسم : المرجع السابق- ص٩٥ والمراجع المشار إليها بهامش ١.

وإذا كان الخصم قد قدم المحرر في دعوى انقضت بغير حكم في موضوعها ثم جددت الدعوى بين ذات الخصوم فإن الخصم الآخر يستطيع إلزام خصمه بتقديم المستندات التي سبق تقديمها في الدعوى الأولى. ويرى بعض الفقه أن تقديم المحرر من جانب خصم في دعوى لا يجيز إجبار صاحبة على تقديمه في أي دعوى أخرى حتى ولو كانت بين ذات الخصوم[١]. أما إذا تمسك الخصم بالمستند أثناء تداول الدعوى دون أن يقدمه [٢] كان لخصمه أن يطالبه بتقديمه حتى ولو لم يكن من قبيل المحررات المشتركة أو من المستندات التي يجيز القانون مطالبة الخصم بتقديمه أو تسليمه. و يعنى هذا أن الحالة الواردة بالفقرة ج من المادة ٢٠ تتميز عن الحالتين أ ، ب من ذات المادة. " والحكمة من تمكين الخصم من طلب إلزام خصمه بتقديم ما استند إليه من المحررات في الدعوى، تكمن من جهة في الثقة المشروعة التي ولدها صاحب المستند باستناده إليه – ولو لم يقدمه – في إحدى مراحل الدعوى. كما تكمن في أن الحق في الدفاع يوجب تمكين الخصم بتفنيد كل ما استند إليه خصمه من مستندات من حيث وجودها وصحتها وحقيقة مضمونها " [٣].

ويجب أن يكون طلب إلزام الخصم بتقديم محرر تحت يده قاطعا وصريحا وإلا كان لمحكمة الموضوع الالتفات عن هذا الطلب. ويجب أن يقدم هذا الطلب إلى المحكمة المختصة بنظر الدعوى سواء عن طريق عريضة تقدم إلى رئيسها كما يمكن الاكتفاء بإثبات هذا الطلب في محضر الجلسة. ولا يكون للطلب المقدم للخبير أي أثر قانوني في هذا الصدد.

١- راجع د/ أحمد أبو الوفا : التعليق على قانون الإثبات ط١- ص ١٢٠ وقارن د/ همام محمد محمود زهران : المرجع السابق- ص٧١ وخاصة هامش ٣.

٢- مثال ذلك الإشارة إليه في عريضة الدعوى أو إثباته في محضر المناقشة لدى الخبير.

٣- د/ همام محمد محمود زهران : المرجع السابق- ص ٧٢.

وتتمتع محكمة الموضوع بسلطة تقديرية بشأن قبول هذا الطلب من عدمه طالما كان حكمها مبنيا على أسس سائغة وكانت هناك أدلة أخرى غير هذا المحرر أو المستند تكفى للفصل في الدعوى. و قد ترفض المحكمة هذا الطلب صراحة أو ضمنا ولا يجوز لها الرد عليه كليا بالإيجاب أو السلب لأن ذلك يشوب الحكم بالقصور ويبرر نقضه.

وإذا كان أفراد الطرف الذي يلتزم بتقديم المحرر متعددون وكان الطلب قد تم تقديمه ضد أحدهم فقط فإنه لا يلزم إلا من قدم ضده ما لم تكن الدعوى غير قابلة للتجزئة. وإذا تم تقديم المحرر فإنه يكون مصدرا لدليل لصالح من لهم توقيع عليه أو ضدهم ما لم ينكروا توقيعهم عليه.

وإذا لم ينفذ الخصم الذي بيده المحرر قرار المحكمة الذي يلزمه بتقديمه أو تسليمه كان للمحكمة أن تعاقبه بالغرامة المنصوص عليها في المادة ٩٩ من قانون المرافعات. وإذا لم تكفى هذه الغرامة لردعه وامتثاله وظل ممتنعا عن تقديم المستند الذي تحت يده فإنه يمكن الاعتداد بصورة المحرر الموجودة بيد من طلب تقديم أصل المستند وتعامل هذه الصورة باعتبارها صحيحة ومطابقة للأصل وإعطائها ذات القوة التي يتمتع بها الدليل الكتابي في الإثبات. أما إذا لم يكن بيد الطالب صورة من المستند أو المحرر المطلوب تقديمه فإن للمحكمة أن تأخذ بأقوال هذا الخصم من حيث شكل المستند أو موضوعه.

*** إلزام الغير بتقديم ما تحت يده من مستندات :**

تقضى المادة ٢٦ من قانون الإثبات في هذا الصدد بأنه " يجوز للمحكمة أثناء سير الدعوى ولو أمام محكمة الاستئناف أن تأذن في إدخال الغير لإلزامه بتقديم محرر تحت يده، وذلك في الأحوال ومع مراعاة الأحكام والأوضاع المنصوص عليها في المواد السابقة ". ويتعلق هذا النص بالحالة التي يكون المستند المراد تقديمه في الدعوى موجود تحت

يد شخص من غير أطراف الدعوى. وحتى لا تهدر المصالح والحقوق الخاصة بمن تحرر هذا المستند لصالحه فإن المشرع قد أجاز للمحكمة أثناء سير الدعوى ولو أمام محكمة الاستئناف إدخال هذا الغير وإلزامه بتقديم ما تحت يده من أوراق لازمة للفصل في الدعوى وذلك شريطة مراعاة أحكام المادتين ٢٠، ٢١ من قانون الإثبات.

وتجدر الإشارة إلى أن المحرر الموجود لدى الغير والمطلوب إدخاله في الدعوى لإلزامه بتقديمه يجب ألا يثبت لهذا الغير حقا أو يقرر على عاتقه التزاما وإلا كان من الممكن إدخاله كطرف في الدعوى وهو ما يخرج عن نطاق المادة ٢٦ سالفة الذكر[١]. والواقع أن إلزام الغير بتقديم ما تحت يده من أوراق منتجة في الدعوى يرجع إلى أنه لا يضار من ذلك وبالتالي فإن امتناعه عن تقديم تلك الأوراق يعد تعسفا لا مبرر له كما أن الخصم الذي يطلب تقديم هذه المستندات لم يقصر في النهوض بعبء الإثبات إذ توجد أدلة الدعوى لدى الغير الذي يفترض فيه الثقة والأمانة وعدم الإضرار بأصحاب الحق بما تحت يده من أوراق سلمت إليه على سبيل الوديعة. وإذا كان الغير هو إحدى الجهات الحكومية وكانت الأوراق المطلوب تقديمها غير موثقة فإن المحكمة تأذن للخصم باستخراج صورة رسمية من الأوراق إذا كانت الجهة التي تحوز الأوراق ترفض إعطائها بدون تصريح من المحكمة المختصة.

وإذا امتنع الغير عن تقديم ما تحت يده من أوراق دون أن يتوافر لديه عذر يبرر ذلك فإن للمحكمة أن تعاقبه بالغرامة المنصوص عليها في المادة ٩٩ من قانون المرافعات. وإذا لم يمتثل الغير وأصر على عدم

١- المستشار/ عز الدين الديناصوري والأستاذ/ حامد عكاز : المرجع السابق- ص ٢٠٤.

تقديم الأوراق المطلوبة كان للخصم الذي يضار من ذلك أن يطالبه بالتعويض متى توافرت باقي عناصر المسئولية التقصيريه في حقه [١].

المبحث الثاني
الأحكام الخاصة بدعوى العرض

تولت المادة ٢٧ من قانون الإثبات بيان أحكام دعوى العرض حيث تنص على أن " كل من حاز شيئا أو أحرزه يلتزم بعرضه على من يدعى حقا متعلقا به متى كان فحص الشيء ضروريا للبت في الحق المدعى به من حيث وجودة ومداه . فإذا كان الأمر متعلقا بسندات أو أوراق أخرى، فللقاضي أن يأمر بعرضها على ذي الشأن وبتقديمها عند الحاجة إلى القضاء، ولو كان ذلك لمصلحة شخص لا يريد إلا أن يستند إليها في إثبات حق له.

على أنه يجوز للقاضي أن يرفض إصدار الأمر بعرض الشيء إذا كان لمن أحرزه مصلحة مشروعة في الامتناع عن عرضه.

ويكون عرض الشيء في المكان الذي يوجد فيه وقت طلب العرض ما لم يعين القاضي مكان آخر، وعلى طالب العرض أن يقوم بدفع نفقاته مقدما، وللقاضي أن يعلق عرض الشيء على تقديم كفالة تضمن لمن أحرز الشيء تعويض ما قد يحدث له من ضرر بسبب العرض ". ومن خلال هذا النص يمكننا تحديد شروط وأطراف دعوى العرض وموضوعها وغرضها وذلك على النحو التالي :

١- د/ همام محمد محمود زهران : المرجع السابق- ص ٧٨.

المطلب الأول

شروط دعوى العرض

يلزم لقبول دعوى العرض توافر ثلاثة شروط هي :

الشرط الأول : أن يدعى شخص بحق شخصي أو عيني يتعلق بشيء :

الشرط الثاني : أن يكون الشيء محل العرض في يد شخص آخر على سبيل الإحراز أو الحيازة : ويستوي أن هذا الحائز للشيء طرفا في الدعوى من عدمه.

الشرط الثالث : أن يكون فحص الشيء لازما للفصل في الدعوى [١] : ويخضع أمر تقدير ما إذا كان هذا الفحص لازما في وجود ومدى الحق المدعى به للسلطة التقديرية لمحكمة الموضوع. وإذا كان الشيء المطلوب عرضه هو وثيقة أو محرر فإن للمحكمة أن تأمر عند اللزوم بتقديم هذه الوثيقة إليها وليس مجرد عرضها على الخصم الذي طلب ذلك.

المطلب الثاني

أساس دعوى العرض وغرضها

من يحوز الشيء المطلوب عرضه قد يكون خصما في الدعوى وقد يكون من الغير وفى الحالة الثانية فإن هذا الغير لن يضار من العرض ويعد رفضه للعرض تعسفا غير مبرر. على أنة عندما يكون الامتناع عن العرض راجعا إلى الرغبة في عدم إفشاء أسرار الأسرة أو المهنة أو المساس بحرمة الحياة الخاصة فإن ذلك يمثل مصلحة مشروعة تجيز للقاضي رفض طلب العرض. وإذا كان حائز الشيء هو أحد أطراف الدعوى فإن امتناعه عن عرض الشيء يعد تعسفا

١- ومثال ذلك الاطلاع على الترسيمات التي أجراها المهندس لمعرفة حقوقه المالية الناشئة عنها.

وإخلال بحق طالب العرض في الدفاع. ولا يعد طلب العرض في هذه الحالة ملزما للقاضي إذ يفاضل هذا الأخير بين مصالح الطرفين في ضوء جدية طلب العرض وجدواه. ويتمثل **غرض دعوى العرض** في تمكين طالب العرض من إثباته حقه وجودا وحدودا من خلال فحص الشيء محل العرض [١].

المطلب الثالث

أطراف دعوى العرض

لدعوى العرض طرفان هما : **طالب العرض** وهو كل صاحب مصلحة في فحص الشيء بسبب تأثر حقه بنتيجة هذا الفحص. ولكي يكون لطالب العرض مصلحة في دعوى العرض فإنه يجب أن تتوافر شروط دعوى العرض السالف بيانها. ويتمثل الطرف الثاني في دعوى العرض **فيمن يوجه إليه طلب العرض** وهو ذلك الشخص الذي يحوز أو يحرز الشيء المطلوب عرضه أو فحصه أو للوثيقة التي يلزم عرضها [٢]. وقد يكون هذا الشخص طرفا في الدعوى كما قد يكون من الغير. ولا فرق بين أن يكون من يوجه إليه طلب العرض شخصا طبيعيا أو معنويا.

المطلب الرابع

كيفية طلب العرض وسلطة المحكمة إزائه

يجوز طلب عرض الشيء أو الوثيقة بدعوى أصلية أو فرعية وذلك وفقا لصفة الشخص الذي يوجه إليه طلب العرض. فإذا كان هذا الشخص من الغير فإن طلب العرض يتم عن طريق رفع دعوى أصلية طبقا للإجراءات العادية لرفع الدعوى. وفي حالة الاستعجال يجوز رفع

١- د/ همام محمد محمود زهران : المرجع السابق - ص ٦٣.

٢- وهذا الشخص قد يكون حائزا عرضيا كالمستأجر أو غاصب أو مستعير أو شريكا على الشيوع أو محجوزا لديه.

دعوى مستعجلة للمطالبة بالعرض دون المساس بأصل الحق. ويجوز تقديم طلب العرض في صورة دعوى فرعية في مواجهة الخصم أثناء تداول الدعوى الموضوعية [١]. وتختص بنظر طلب العرض المحكمة التي يقع في دائرتها الشيء وقت رفع الدعوى كما تقدر قيمة الدعوى بمقدار هذا الشيء.

وتتمتع محكمة الموضوع بسلطة تقديرية إزاء طلب العرض وبالتالي يمكنها رفض هذا الطلب إذا وجدت مصلحة مشروعة لدى من وجه إليه هذا الطلب في الامتناع عن عرض الشيء. وقد أحسن المشرع صنعا حين قرر أن يكون العرض في المكان الذي يوجد فيه وقت طلب العرض. ويرجع ذلك إلى أن قرب المحكمة من مكان الشيء المطلوب عرضه يوفر الوقت والجهد[٢]. كما أن المشرع أيضا قد قرر حكما آخر يستحق الإشادة وهو استلزام قيام طالب العرض بدفع نفقاته مقدما للدلالة على جدية الطلب. ويجوز للقاضي أيضا أن يلزم طالب العرض بتقديم كفالة تضمن تعويض حائز الشيء عما قد يحدثه العرض والفحص بالشيء محل العرض.

وإذا لم ينفذ حائز الشيء الالتزام بالعرض الذي تفرضه عليه المحكمة كان لهذه الأخيرة أن تحكم عليه بالغرامة التي لا تقل عن ٢٠ جنيها ولا تجاوز ٢٠٠ جنيه [٣]. وإذا لم تجدي الغرامة أمام مكابرة الملتزم بالعرض ورفضه تنفيذ قرار العرض فان الأمر يختلف بحسب ما إذا كان هذا الشخص طرفا في الدعوى أو من الغير : ففي الحالة الأولى يعد

١-- المستشار/ عز الدين الديناصوري والأستاذ/ حامد عكاز: المرجع السابق- ص ٢٠٧.

٢- ويجوز للقاضي أن يعين للعرض مكانا آخر إذا رأى لذلك مبررا.

٣- المادة ٦٩ من قانون المرافعات.

الامتناع قرينة على صحة إدعاء طالب العرض وبالتالي يكون قوله مصدقًا من حيث وجود الحق المدعى به وحدوده. وإذا كان الشيء محل العرض هو وثيقة أو سند وكان طالب العرض يحوز صورة لها فإن هذه الصورة تتمتع بقوة المحرر الأصلي في الإثبات. وفى حالة كون الملتزم بالعرض من الغير فإن لطالب العرض أن يرجع عليه بالتعويض عن كل ضرر يلحقه من جراء عدم العرض[٤] .

(٤) د. همام محمد محمود زهران. المرجع السابق - ص ٦٥.

القسم الثاني

أدلة الإثبات

المعروف أن قانون الإثبات المصري قد أخذ بمذهب الإثبات المختلط وبالتالي فإنه قد حصر أدلة الإثبات القضائي وحددها في : الكتابة – البينة – القرائن – الإقرار – اليمين – المعاينة – الخبرة. ويقسم الفقه هذه الأدلة تقسيمات متعددة نظرا لتعدد الأسس التي يبنى عليها كل تقسيم :

١- **فمن حيث قوتها في الإثبات** تنقسم الأدلة إلى أدلة مطلقة يمكن اللجوء إليها لإثبات كافة الوقائع القانونية سواء كانت تصرفات قانونية أو وقائع مادية وتشمل هذه الأدلة الكتابة والإقرار واليمين. أما الأدلة المقيدة فهي تلك التي تقبل لإثبات الوقائع المادية في كافة الأحوال والتصرفات القانونية أحيانا [1].

٢- **من حيث الالتجاء إليها** : تنقسم إلى طرق أصلية وأخرى احتياطية. ويقصد بالطرق الأصلية تلك التي تكفى بذاتها للإثبات أو تحتاج لمساندة دليل آخر كما هو الشأن بالنسبة للقرائن القضائية أو الشهادة التي تساند مبدأ الثبوت بالكتابة واليمين المتممة التي تساند الدليل الناقص في حالة جواز الإثبات بشهادة الشهود. أما الطرق الاحتياطية فهي تلك التي يلجأ إليها الخصم حين لا يجد أي دليل آخر ومثالها الإقرار واليمين الحاسمة.

٣- **من حيث إعدادها** : تنقسم أدلة الإثبات من حيث إعدادها إلى أدلة مهيأة وأدلة غير مهيأة. والدليل المهيأ هو ذلك الذي يعده ذوى الشأن مقدما عند إبرام التصرف القانوني أو تحقق الواقعة القانونية التي أدت لميلاد الحق. ويتميز الدليل المهيأ بأن الخصوم يعدونه مقدما حتى قبل

١- راجع في ذلك د/ جميل الشرقاوى : المرجع السابق – ص ص ٣٠-٣١ – د/ محمد حسن قاسم : المرجع السابق – ص ١٠٣ وما بعدها – د/ توفيق حسن فرج : المرجع السابق – ص ٦٣ وما بعدها – د/ محمد رفعت الصباحي : المرجع السابق – ص ٥٧ وما بعدها – د/ سمير عبد السيد تناغو : المرجع السابق – ص ١٠٠ وما بعدها.

إثارة أي نزاع حول وجود أو حدود الحق. والواقع أن الكتابة هـي أهـم الأدلة المهيأة ولذلك وضعها المشرع في مقدمة أدلة الإثبات القضائي.

ويقصد بالدليل غير المهيأ ذلك الدليل الذي يتم إعداده أثناء سـير الدعوى حول الحق المدعى به. ومثال ذلك شـهادة الشـهود والقرائـن القضائية والإقرار واليمين. وقد يتحول وصف هذا النـوع مـن الأدلـة ليصبح دليلا معدا كما هو الشأن بالنسبة للمعاينة (دعوى إثبات الحالـة) إذا طلبها من يخشى ضياع معالم واقعة معينة يحتمل أن تكـون محـلا لنزاع في المستقبل. ويمكن أيضا أن تتحول الشهادة إلى دليـل مـهيأ إذا رفع الشخص دعوى سماع شاهد خوفا من سفر الشـاهد أو مرضـه أو وفاته. وقد تكون الكتابة أحيانا دليلا غير مهيأ إذا لم يكن الغرض منـها وقت إعدادها أن تكون دليلا في الإثبات. ومثال ذلـك الأوراق والدفـاتر المنزلية والدفاتر التجارية حيث يتم الاستناد إليها في الإثبـات بصـورة عرضية [١].

٤- **من حيث الحجية** : من هذه الناحية تنقسم وسائل الإثبات إلى أدلـة ملزمة للقاضي وأخرى مقنعة له. ويقصد بالدليل الملزم للقـاضي ذلـك الدليل الذي لا يتمتع هذا الأخير بشأنه بسلطة تقديرية كالكتابة والإقـرار واليمين الحاسمة والقرائن القانونية القاطعة. أما الدليل غير الملزم فـإن حجيته ودلالتها يترك لتقدير قاضي الموضوع كما يستطيع الخصوم تبادل دحضها والرد عليها كشهادة الشهود والقرائن القضائية. و تتمتع بعـض الأدلة بحجية غير قاطعة حيث يجوز إثبات عكسها كـالقرائن البسـيطة والكتابة التي تقبل الإنكار.

١- د/ نبيل إبراهيم سعد – د/ همام محمد محمود : المرجع السابق – ص ١١٦ هامش ١.

٥- **ومن حيث دلالة الدليل على الواقعة محل الإثبات** فإن أدلة الإثبات تنقسم إلى أدلة مباشرة وأخرى غير مباشرة. ونعني بطرق أو أدلة الإثبات المباشرة تلك التي تدل بطريق مباشر على الواقعة المنشئة أو المنهية للحق محل النزاع. ومن هذه الأدلة الكتابة والبينة والمعاينة والخبرة والإقرار واليمين. ويتمثل النوع الآخر في هذا التقسيم في الأدلة غير المباشرة التي تستنبط من خلالها الواقعة الأصلية المتنازع عليها وذلك من خلال واقعة أخرى بديلة قام الدليل عليها. ومثال ذلك الاستدلال من الوفاء بأجرة الشهر الحالي على الوفاء بأجرة الشهور السابقة عليه من خلال القرينة التي أقامها المشرع على ذلك. وسوف نتبع في دراستنا لأدلة الإثبات هذا التقسيم الأخير وبالتالي فإن هذا القسم سينقسم إلى بابين أولهما نخصصه للأدلة المباشرة أما الآخر فسيكون محلا للأدلة غير المباشرة.

الباب الأول

الأدلة المباشرة

يتمثل الأدلة المباشرة كما ذكرنا سلفا في الأدلة التي ترد مباشرة على الواقعة محل الإثبات ويشمل هذا النوع من الأدلة الكتابة والبينة والمعاينة والخبرة والإقرار واليمين. وتجدر الإشارة إلى أن البينة أو شهادة الشهود قد تدخل في عداد الأدلة غير المباشرة. وعلى ذلك فإن هذا الباب ينقسم إلى الفصول الستة التالية :

الفصل الأول : الكتابة

الفصل الثاني : الإقرار

الفصل الثالث : اليمين

الفصل الرابع : الخبرة

الفصل الخامس : المعاينة

الفصل السادس : البينة

الفصل الأول

الكتابة

يخلط البعض بين التصرف القانوني ووسيلة إثباته خاصة العقد والمحرر الذي يتضمن بنود هذا العقد. ولا شك أن المفهوم القانوني الدقيق للفظ العقد يجب أن ينصرف فقط لذلك التصرف القانوني الذي تتلاقى فيه ارادتان أو أكثر لإحداث أثر قانوني معين. أما المحرر الذي يشتمل على بنود العقد فإنه سواء كان رسميا أو عرفيا لا يعدو أن يكون أحد أدلة الإثبات. ونظرا لتميز التصرف القانوني واستقلاله عن أداة إثباته فإن صحة المحرر لا تعني بالضرورة صحة التصرف القانوني أو العكس [1].

ويختلف دور الكتابة في التصرف القانوني إذ لا تكون دائما مجرد وسيلة لإثباته بل قد تصل أحيانا لدرجة اعتبارها ركنا في هذا التصرف بحيث لا تقوم له قائمة بدونها. ومثال ذلك عقد الشركة وعقد بيع السفينة. وفى غير هذه الحالات وما يماثلها فإن مبدأ الرضائية يجد مجاله للتطبيق بحيث يكفى رضاء الأطراف من أجل صحة التصرف القانوني. وقد تكون الكتابة مجرد وسيلة لإثبات التصرف القانوني كما هو الشأن في التصرفات التي تزيد قيمتها عن نصاب معين (٥٠٠ جنيه) أو تكون غير محددة القيمة أو ينص المشرع على اعتبارها وسيلة الإثبات بغض النظر عن قيمة التصرف القانوني كما هو الحال بالنسبة لعقد الكفالة وعقد التأمين البحري.

والأصل أن الكتابة هي إحدى أدلة الإثبات التي لا يترتب على تخلفها أثرا على صحة التصرف القانوني. وعلى هذا فإن المشرع إذا

١--المستشار/ عز الدين الديناصورى و الأستاذ/ حامد عكاز: المرجع السابق- ص ٤٢٥.

اقتضى أن يكون التصرف القانوني مكتوبا دون بيان الغرض من الكتابة فإن هذه الأخيرة تكون لازمة للإثبات وليس للانعقاد.

المبحث الأول
نطاق الإثبات بالكتابة

تعد الكتابة أهم طرق الإثبات نظرا لما تتمتع به من ثقة ولبقائها لفترات طويلة. فتتميز الكتابة عن شهادة الشهود مثلا لأن مرور الزمن قد يطمس الحقيقة في ذهن الشاهد كما أن هذا الأخير قد لا يتواجد أثناء نظر النزاع إما للسفر أو للوفاة. ولا يخفى على الفطنة أن قيمة الدليل الكتابي وأهميته في الإثبات تزداد كلما خربت الذمم وفسدت الأخلاق وزاد شهود الزور ومحترفو الشهادة نظير أجر ولو كان تافها. ورغم تلك الأهمية والثقة التي يحظى بها الدليل الكتابي فإن المشرع قد رسم له نطاقا يلزم فيه الإثبات بالكتابة في حين حدد حالات أخرى لا يلزم فيها الدليل الكتابي حتى ولو جاوز التصرف المراد إثباته نصاب الإثبات بالكتابة أو كان يخالف ما هو ثابت بدليل كتابي. ولتحديد نطاق الإثبات بالكتابة يلزم أن نبين الحالات التي يشترط فيها القانون الكتابة للإثبات والحالات التي لا يشترط فيها ذلك.

ولبيان ما سبق يجب تقسيم هذا المبحث للمطلبين التاليين :

المطلب الأول : الحالات التي يستلزم فيها القانون الكتابة للإثبات

المطلب الثاني : الاستثناءات على قاعدة وجوب الإثبات بالكتابة

المطلب الأول

الحالات التي يستلزم فيها القانون الكتابة في الإثبات

المعروف أن الدليل الكتابي يكون مطلوبـــا لإثبـــات التصرفـــات القانونية في حين يجوز إثبات الوقائع المادية بكافة طـــرق الإثبـــات. ولا ترتبط قاعدة وجوب الإثبات بالكتابة بالنظام العام وبالتالي يجوز التنـــازل عنها أو الاتفاق على ما يخالفها. ولا يخفى أن قـــاعدة وجـــوب الإثبـــات بالكتابة ترتبط بالتصرفات المدنية حيث تخضع التصرفات التجارية لمبـــدأ حرية الإثبات. وفيما يتعلق بالتصرفات المدنية فـــإن المشـــرع يشـــترط لإثباتها وجود الدليل الكتابي وذلك في حالتين نصت عليهما المـــادتين ٦٠، ٦١ من قانون الإثبات وهو ما نوضحه فيما يلي :

الفرع الأول

التصرفات غير محددة القيمة أو التي تجاوز مبلغا معينا

بينت المادة ٦٠ من قانون الإثبات حكم هذه الحالة بنصها علـــى أنه " في غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته علـــى خمسمائة جنيه [١] أو كان غير محدد القيمة فلا تجوز شهادة الشـــهود فـــي إثبات وجودة أو انقضاؤه ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك.

١- تجدر الإشارة إلى أنه تم تعديل نصاب الإثبات بالشهادة عـــدة مـــرات ففـــي عـــام ١٩٩٢ وبموجب القانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢ رفع هذا النصاب من ٢٠ إلى ١٠٠ جنيه تم رفـــع مـــرة أخرى إلى ٥٠٠ جنيه بموجب القانون رقم ١٨ لسنة ١٩٩٨. ويعنى ذلك أنـــه إذا كـــانت قيمـــة الالتزام ٥٠٠ جنيه أو أقل فإن وسيلة الإثبات تكون هي البينة أما إذا زادت قيمته عن هذا المبلـــغ وجب الإثبات بالكتابة ما لم يتفق على خلاف ذلك.

ويقدر الالتزام باعتبار قيمته وقت صدور التصـــرف، ويجـــوز الإثبـــات بشهادة الشهود إذا كانت زيادة الالتزام عن خمسمائة جنيه، لم تأت إلا من ضم الفوائد والملحقات إلى الأصل.

وإذا اشتملت الدعوى على طلبات متعددة ناشـــئة عـــن مصـــادر متعددة جاز الإثبات بشهادة الشهود في كل طلب تزيد قيمته على خمسمائة جنيه، ولو كانت هذه الطلبات في مجموعها تزيد على هذه القيمة ولو كان منشؤها علاقات بين الخصوم أنفسهم أو تصرفات من طبيعة واحدة.

وتكون العبرة في الوفاء إذا كان جزئيا بقيمة الالتزام الأصلـــي ". ومـــن خلال هذا النص نستطيع استخلاص شروط تطبيق قاعدة ضرورة الإثبات بالكتابة في التصرفات القانونية التي تجاوز قيمتها ٥٠٠ جنيـــه وكذلـــك قواعد تقدير قيمة التصرف.

أولا : شروط تطبيق القاعدة :

الشرط الأول : أن يكون محل الإثبات تصرفا قانونيا مدنيا :

ويرجع استلزام هذا الشرط إلى أن الوقائع المادية يمكـــن إثباتـــها بكافة طرق الإثبات بما فيها البينة والقرائن المادية لأنها بطبيعتها لا تسمح بإعداد الدليل مسبقا. ويعنى ما سبق أن الوقائع المادية لا تعتبر خروجـــا على القاعدة لأنها تخرج أصلا عن نطاقها. وتجدر الإشارة إلى أن إثبـــات التصرفات القانونية التي تزيد على ٥٠٠ جنيه يتم بالكتابة حتى ولو كنـــا بصدد دعوى جنائية مثل الدعوى التي تقام بسبب خيانة الأمانة إذ يجـــب إثبات وجود أحد عقود الأمانة كالوكالة أو الوديعة بموجب الكتابـــة. أمـــا إثبات الفعل المادي فإنه يتم بكافة طرق الإثبات حتى ولو كان هذا الفعـــل يعد إخلالا بالتزام عقدي تزيد قيمته على ٥٠٠ جنيه أو غير محدد القيمة.

وقد تكون الواقعة مختلطة حيث يرتبـــط فيـــها العمـــل المـــادي بالتصرف القانوني كما هو الحال بالنسبة للوفاء بالدين والإقـــرار بحـــق

للغير. وفى هذه الحالة يجب أن يتم الإثبات بالكتابة إذا جاوز الحق الذي تم الوفاء أو الإقرار به ٥٠٠ جنيه أو كان غير محدد القيمة.

و إذا كانت الواقعة مركبة كالشفعة حيث تحتوى على واقعة مادية وهى الجوار وتصرف قانوني هو بيع العقار المشفوع فيه فانه يمكن إثبات واقعة الجوار بكافة طرق الإثبات أما التصرف القانوني فلا يثبت إلا بالكتابة إذا جاوزت قيمة العقار المشفوع فيه ٥٠٠ جنيه. وإذا التزم شخص تجاه المتعاقد معه بالامتناع عن عمل – كشرط عدم المنافسة – فإن هذا التعهد يدخل في إطار التصرفات القانونية التي يجب إثباتها بالكتابة. أما واقعة الإخلال به فإنها لا تعدو أن تكون واقعة مادية يمكن إثباتها بكافة طرق الإثبات [١]. ومتى كان التصرف مدنيا وجاوزت قيمته نصاب الإثبات بالبينة فإن الدليل الكتابي يكون مطلوبا سواء لإثبات وجود أو حدود أو انقضاء أو تعديل هذا التصرف سواء كان ملزما لجانب واحد أو ملزما للجانبين [٢].

ولا يكفى أن يكون المراد إثباته هو تصرف قانوني بل يجب بجانب ذلك أن يكون هذا التصرف مدنيا وليس تجاريا. وتبرير ذلك هو أن التصرفات التجارية تخضع لمبدأ حرية الإثبات بما يعنى إمكانية إثباتها بكافة طرق الإثبات مهما بلغت قيمتها. ولا شك في أن تطبيق هذا المبدأ في مجال المعاملات التجارية يجد أساسه في الرغبة في احترام سرية المعاملات التجارية وما يجب أن يسودها من ثقة وائتمان. على أن الأخذ بمبدأ حرية الإثبات يقتضي أن يكون التصرف القانوني تجاريا بالنسبة

١ – المستشار/ عز الدين الديناصورى و الأستاذ/ حامد عكاز: المرجع السابق – ص ٤٣٠.
٢- د/ نبيلة رسلان : المرجع السابق – ص ١٤٠.

للطرفين وأن يكون كل منهما يحترف التجارة. فإذا كان التصرف مختلطا أي تجاريا بالنسبة لطرف ومدنيا بالنسبة للطرف الآخر كعلاقة تاجر الغلال بالمزارع بشأن شراء غلال هذا الأخير فإنه يمكن الإثبات في مواجهة التاجر بكافة طرق الإثبات. أما إذا كان المدعى عليه هو غير التاجر فلا يجوز الإثبات في مواجهته إلا بالكتابة إذا زادت قيمة الحق محل النزاع عن ٥٠٠ جنيه أو كان غير محدد القيمة. وإذا كان الأصل هو حرية الإثبات في المواد التجارية فإن إثباتها بالبينة والقرائن هو أمر جوازي للقاضي الذي يستطيع أن يرفض الإثبات بأيهما وحده ويطالب بتعزيزه بدليل كتابي خاصة إذا كانت قيمة الحق محل النزاع كبيرة ويصعب التيقن من وجودة أو انقضاؤه إلا بواسطة الكتابة. وحيث أن مبدأ حرية الإثبات في المسائل التجارية لا يتعلق بالنظام العام فإنه يجوز لذوى الشأن الاتفاق على خلافه كأن يتفق تاجر الجملة مع تاجر التجزئة أو المنتج على أن كافة معاملاتهم مهما كانت قيمتها لا يمكن إثباتها إلا بالكتابة [١].

الشرط الثاني : أن تجاوز قيمة التصرف ٥٠٠ جنيه أو يكون غير محدد القيمة : إذا كانت قيمة التصرف القانوني المراد إثباته ٥٠٠ جنيه أو أقل فإنه يمكن إثباته بالبينة ولا يلزم عندئذ وجود دليل كتابي.

الشرط الثالث : أن يكون المكلف بالإثبات طرفا في التصرف محل الإثبات : حتى يكون الدليل الكتابي لازما لإثبات التصرف القانوني المدني فانه يجب أن يكون الخصم المكلف بالإثبات طرفا في هذا التصرف. فإذا كان هذا الخصم من الغير فإنه يستطيع إثبات التصرف

١-المستشار/ عز الدين الديناصوري و الأستاذ/ حامد عكاز: المرجع السابق - ص ٤٣٢-٤٣٣.

بكافة طرق الإثبات بما فيها البينة والقرائن [١]. ويستوي مع أطراف التصرف خلفهم العام أو الخاص إذ يجب عليهما أيضا إثبات التصرف بالكتابة.

الشرط الرابع : ألا يكون المشرع قد استلزم الكتابة لانعقاد التصرف أو إثباته : ذكرنا آنفا أن قاعدة وجوب إثبات التصرف القانوني بالكتابة إذا جاوز نصابا معينا أو كان غير محدد المدة لا ترتبط بالنظام العام وبالتالي يجوز للمشرع ولأطراف التصرف تقرير حكم يخالفها. فإذا اشترط المشرع الكتابة كركن في العقد (التصرف الشكلي) فإنه لا يكون صحيحا إذا تخلفت الكتابة وبالتالي فإن إثباته بالكتابة يكون أمرا مفترضا حتى ولو كانت قيمته تقل عن ٥٠٠ جنيه [٢]. وقد تكون الكتابة مجرد وسيلة للإثبات بشأن بعض العقود الرضائيه كعقد الشركة وعقد الصلح وعقد الكفالة وعقد التحكيم مهما كانت قيمته. وإذا اشترط المشرع الكتابة لإثبات عقد ما وجب إثبات كافة عناصره بها فلا يكفي إثبات عكس شرط التحكيم بالكتابة وإنما يجب إثبات كافة عناصره الجوهرية[٣].

وتطبيقا لهذا الشرط قضت محكمة النقض بأن عقد النقل البحري ليس من العقود الشكلية فلا يبطل إذا لم يحرر بالكتابة وإنما هو من العقود الرضائيه التي لا يجوز إثباتها إلا بالكتابة. وإذ تنص المادة ٥٠ من القانون البحري على أن مشارطه إيجار السفينة – وتسمى سند الإيجار – يلزم أن تكون محررة بالكتابة فإن قصد الشارع من اشتراط الكتابة في هذا النص هو بيان الدليل الذي يقبل في إثبات مشارطه إيجار السفينة

١- ويرجع ذلك إلى أن التصرف القانوني بالنسبة للغير ليس إلا واقعة قانونية. واعتبار الواقعة القانونية تصرفا قانونيا أو واقعة مادية تعد من مسائل الواقع التي يخضع تقديرها لرقابة محكمة النقض.

٢- ومثال ذلك عقد الهبة م/١٠٣١ مدني .

٣-المستشار / عز الدين الديناصوري والأستاذ / حامد عكاز: المرجع السابق – ص ٤٣١.

حتى تكون كغيرها من عقود النقل البحري التي تخضع لشـرط الإثبـات بالكتابة استثناء من قاعدة جواز الإثبات بالبينة في المسائل التجارية [١].

ويجوز للأطراف أيضا الاتفاق على ضـرورة إثبـات التصـرف القانوني بالكتابة حتى وإن كانت قيمته أقل من ٥٠٠ جنيه. وحكمه إجـازة مثل هذا الاتفاق ترجع إلى أن قاعدة عدم جواز الإثبات بالبينة في الأحوال التي يجب فيها الإثبات بالكتابة ليست من النظام العام، وبالتـالي يجـوز الاتفاق صراحة أو ضمنا على مخالفتها ولقـاضى الموضـوع السـلطة التقديرية في استخلاص القبول الضمني من سلوك الخصـم متـى أقـام قضاءه على أسباب سائغة [٢].

ثانيا : قواعد تقدير قيمة التصرف محل الإثبات :

رأينا حالا أن المشرع قد اعتمد على قيمة التصـرف القـانوني لتحديد دليل الإثبات اللازم عندما يثار نزاع حوله. وقد رأينا أن التصـرف القانوني المدني إذا جاوز ٥٠٠ جنيه أو كان غير محدد القيمة فلا يجـوز إثباته كقاعدة عامة إلا بالدليل الكتابي. وطالما أن قيمة التصرف تحظـى بهذه الأهمية فإنه يصبح لزاما علينا أن نتعرض – ولو بإيجاز – للقواعـد التي تحكم تقدير قيمة التصرف وذلك على النحو التالي [٣]:

١- نقض ١٩٦٦/١/١١ – مجموعة المكتب الفني- س ١٧ – ص ٧١ – في نفـس المعنـى نقض ١٩٨٣/٤/١٨ – الطعن رقم ٩٦٣- س ٢٨ق.

٢- نقض ١٩٧٩/٢/٢٠ – الطعن رقم ١٦١ –س-٤٦ق.

٣- لمزيد من التفاصيل د/ همام محمد محمود زهران : المرجـع السـابق - ص ١٠٧ ومـا بعدها.

١- العبرة بقيمة الالتزام وقت صدور التصرف لا وقت المطالبة به [1]:

القاعدة هي أن قيمة التصرف تحدد بوقت إبرامه وليس وقت المطالبة به. فإذا كانت قيمة التصرف لحظة إبرامه أقل من ٥٠٠ جنيه ثم زادت بعد ذلك وتجاوزت هذا المبلغ عند رفع الدعوى فإنه يجوز إثباته بكافة طرق الإثبات ما لم يتفق على خلاف ذلك أو يقرر المشرع ضرورة إثباته بالكتابة. **والعبرة هي بقيمة الالتزام الأصلي** دون النظر إلى ما قد يضاف إليه من ثمار أو ريع أو تعويضات أو فوائد حتى ولو كانت معلومة المقدار لحظة إبرام التصرف. وبالتالي إذا اقترض شخص مبلغا يقل عن ٥٠٠ جنيه وافق الطرفان على مقدار الفائدة المسموح به قانونا وترتب على إلحاق الفائدة بمبلغ القرض تجاوز المبلغ المستحق ٥٠٠ جنيه فإن هذا لا ينفى إمكان إثبات هذا العقد بالبينة. ويعود ذلك إلى أن الفوائد والملحقات لا تتمتع بكيان مستقل بل تستند لذات الواقعة القانونية التي بنى عليها الطلب الأصلي. وإذا كان محل الالتزام هو مبلغ معين من النقود فإنه لا أثر لزيادة قيمة النقود أو انهيارها وتكون العبرة هي بالعدد المذكور في العقد.

وإذا كان محل الالتزام هو مبلغ نقدي بعملة أجنبية كالدولار أو اليورو فإن العبرة بسعر صرفه تكون بوقت صدور التصرف وليس بوقت المطالبة قضائيا بهذا المبلغ. وإذا كان محل النزاع هو المشاركة في شهادة استثمار ذات جوائز أو شهادة يانصيب فإن محكمة النقض المصرية قد ذهبت خلافا لبعض الفقه إلى أن قيمة الجائزة المرتقبة تؤخذ في الاعتبار

---

[1] - وتختلف هذه القاعدة عن المعمول به في قانون المرافعات حيث تقضى المادة ٣٦ منه بأن قيمة الدعوى تقدر يوم رفعها ويدخل في التقدير ما يستحق يوم رفع الدعوى من فوائد وملحقات وتعويضات ومصاريف. ويرجع الاختلاف في التقدير إلى أن قانون المرافعات يهدف إلى تحديد المحكمة المختصة أما قانون الإثبات فيهدف إلى تحديد الدليل المقبول في الإثبات.

عند حساب قيمة الالتزام عند التعاقد باعتبار هذه الجائزة هي الغرض الذي سعى المتنازعان إلى تحقيقه منذ التعاقد وبالتالي يصير منطقيا تقدير قيمة الالتزام على أساس قيمة السند بجانب الربح المأمول [١].

٢- العبرة بالقيمة الإجمالية للالتزام وليس بقيمة المطالبة الجزئية منه :

وفقا للمادة ٦١/ب من قانون الإثبات فإنه إذا كانت القيمة الإجمالية للالتزام الأصلي تجاوز ٥٠٠ جنيه ثم طالب المدعى بجزء منه فقط فإن دليل الإثبات يكون هو الدليل الكتابي حتى ولو كان الجزء المطلوب أقل من ٥٠٠ جنيه. وعلى ذلك فإن الثمن إذا كان يسدد على أقساط وكانت قيمة كل قسط تقل عن ٥٠٠ جنيه فإن النزاع حول هذا القسط لا يثبت إلا بالكتابة لأن العبرة هي بالقيمة الإجمالية للثمن. وإذا توفى الدائن بمبلغ ٥٠٠ جنيه وآل الدين إلى الورثة وكان نصيب كل منهم أقل من ٥٠٠ جنيه فإن دليل الإثبات المقبول من كل وارث للمطالبة بحقه في الدين هو الدليل الكتابي [٢]. لأن العبرة هي بالقيمة الإجمالية للدين وليس بنصيب كل وارث فيه.

وتؤسس هذه القاعدة على أن دليل الإثبات المقبول في الدعوى يتحدد وفقا لقيمة الالتزام الأصلي وقت نشأته وليس بالمقدار الذي يطالب به المدعى. ويرجع ذلك إلى أن الواقعة القانونية التي تبنى عليها المطالبة القضائية الجزئية تتبلور في التصرف القانوني المنشئ للالتزام الذي تتجاوز قيمته نصاب الإثبات بالبينة. وتجد هذه القاعدة أساسها أيضا في سد باب تحايل الدائنين على نطاق الدليل الكتابي في الإثبات وذلك عن طريق تجزئة المطالبة بالدين على دفعات متعددة يقل كل منها عن ٥٠٠

١- نقض ١٩٤٢/١/٨ – الطعن رقم ٣٥ –س ١١ ق مشار إليه لدى د/ همام محمد محمود زهران – ص ١٠٩ هامش ١.

٢- د/ نبيل إبراهيم سعد ، د/ همام محمد محمود زهران : المرجع السابق – ص ١٥٢ –هامش ١.

جنيه رغم أن القيمة الإجمالية للدين تتجاوز نصاب الإثبات بشهادة الشهود.

٣- العبرة بالقيمة الأصلية للطلب القضائي :

يتمثل مصدر هذه القاعدة في الفقرة الثالثة " ج " من المادة ٦١ من قانون الإثبات. وتختلف هذه الحالة عن الحالة السابقة في أنه في الحالة المنصوص عليها في الفقرة ب من المادة ٦١ لا يغير المدعي المقدار الذي يطالب به إذ أنه منذ رفع الدعوى يطالب بجزء فقط من الدين أو الالتزام يقل عن نصاب الإثبات بالبينة. أما بالنسبة للحالة التي نحن بصددها والتي نظمتها الفقرة ج من ذات المادة فإن الفرض أن المدعى قد طالب بكامل حقه أو بجزء منه يجاوز نصاب الإثبات بالبينة ثم يقوم أثناء تداول الدعوى بتعديل المطالبة لتصير بجزء فقط من الدين تقل عن ٥٠٠ جنيه وذلك إذا لم يتمكن من إعداد الدليل الكتابي اللازم للإثبات إذ يسعى من خلال هذا التعديل للإثبات بشهادة الشهود التي هي أسهل بكثير من الإثبات بالكتابة.

وإذا كان المشرع قد أراد قطع الطريق على المدعى الذي يريد التحايل على قواعد الإثبات فإنه قد سمح بالإثبات بالبينة إذا كان المدعى قد وقع في الغلط في تقدير قيمة التصرف إذ يعتبر تعديله للطلبات بمثابة تصحيح للدعوى والاعتماد على القيمة الحقيقية للتصرف. وتجدر الإشارة إلى أن المدعى يستطيع التخلص من القاعدة الواردة بالمادة ٦١/ج من قانون الإثبات عن طريق ترك الخصومة حيث يترتب على هذا الترك إلغاء كافة إجراءات الخصومة دون المساس بأصل الحق المدعى به.

وبعد أن يرتب ترك الخصومة آثاره القانونية يعود المدعى برفع دعــــوى جديدة على أساس نفس التصرف مع تعديل مقداره إلى ما يدخل في حـدود نصاب الإثبات بشهادة الشهود [1].

وتتأسس القاعدة المنصوص عليها بالفقرة (ج) من المادة ٦٠ سالفة الذكر على أن تعديل المدعى لطلباته زيادة أو نقصانا لا يغير مـــن أنـــها تـ ـد لذات التصرف القانوني الذي تتجاوز قيمته نصاب الإثبات بشـــهادة الشهود وهو ما يجعل دليل الإثبات المقبول في الدعوى يتحدد على أسـلس القيمة الإجمالية للتصرف لحظة إنشائه وليس على أساس المقـــدار الـــذي يطالب به المدعى من هذه القيمة الإجمالية.

٤- العبرة في حالة الوفاء الجزئي بقيمة الالتزام الأصلي :

وردت هذه القاعدة بالفقرة الرابعة من المـــــادة ٦٠ مـــن قـــانون الإثبات التي تنص على أنه " وتكون العبرة في الوفاء إذا كان جزئيا بقيمة الالتزام الأصلي ". ويهدف الـ شرع من خلال تلك القاعدة إلى ســـد بـــاب التحايل على القانون عن طريق تجزئة الوفاء بالدين بحيث تكون كل دفعـة يتم الوفاء بها تدخل في إطار نصاب الإثبات بالبينة رغم أن قيمة الالـــتزام الأصلي تزيد عن هذا النصاب. وهكذا يبدو واضحا كيف كفـــل المشـــرع حماية الدائن ضد تحايل المدين الذي يقوم بتجزئة الوفاء وسداد الدين على دفعات حتى يستطيع إثبات كل عملية وفاء على حدة عن طريق البينة [2].

و مما سبق نرى أن المشرع قد ساوى بين إثبات وجـــود الالـــتزام وإثبات الوفاء به من حيث لزوم الإثبات بالدليل الكتابي على أساس القيمـــة الإجمالية للالتزام دون النظر إلى المطالبة الجزئية أو الوفاء على دفعات.

١- د/ همام محمد محمود زهران : المرجع السابق - ص ١١١ - هامش ١.

٢--المستشار/ عز الدين الديناصوري و الأستاذ/ حامد عكاز- المرجع السابق - ص ٤٢٥.

٥- إذا تعددت الطلبات التي تشتمل عليها الدعوى مع اختلاف مصادرها تكون العبرة بقيمة كل طلب على حدة :

تكفلت المادة ٣/٦٠ من قانون الإثبات ببيان حكم هذه القاعدة إذ تنص على أنه " إذا اشتملت الدعوى على طلبات متعددة ناشئة عن مصادر متعددة جاز الإثبات بشهادة الشهود في كل طلب لا تزيد قيمته على خمسمائة جنيه، ولو كانت هذه الطلبات في مجموعها تزيد على هذه القيمة ولو كان منشؤها علاقات بين الخصوم أنفسهم أو تصرفات من طبيعة واحدة ".

و الواقع أن هذه القاعدة تجد مصدرها في أنه "لما كانت العبرة في إثبات الحق بإقامة الدليل على الواقعة القانونية المنشئة له. فإنه إذا تعددت طلبات المدعى، التي جمعها في إطار مطالبة قضائية واحدة، وكان كل منها ناشئا عن مصدر مختلف، فإن قيمة كل التزام تقدر استقلالا. سواء كانت هذه المصادر من طبيعة واحدة أو من طبيعة مختلفة. ولا يمنع من استقلال هذه المصادر – ومن ثم الالتزامات – أن تكون بين الخصوم أنفسهم. بحيث إذا كان كل منها بالنظر لقيمته مما يدخل في نصاب الإثبات بالبينة، جاز إثباته بشهادة الشهود بصرف النظر عن مجموع الطلب. باعتبار أن اختلاف المصادر وتعددها يضفي استقلالا على كل منها. ذلك أن استقلال كل دين بمصدرة المنشئ يستتبع تقدير دليل إثباته بالنظر لقيمته بصرف النظر عما إذا كان موضوعا بطلب قضائي مستقل أو جمع مع غيرة في طلب قضائي واحد " [١]. وخلافا لما سبق فإنه إذا تعددت الطلبات القائمة على سبب قانوني واحد فإن العبرة بقيمتها الإجمالية حتى وإن تعدد الخصوم كما لو توفى الدائن وطالب كل وارث بنصيبه في الدين. وفى هذه الحالة يجب على كل وارث أن يقدم دليلا

١- د/ نبيل إبراهيم سعد – د/ همام محمد محمود زهران : المرجع السابق- ص ١٥٥.

كتابيا بنصيبه حتى ولو كان أقل من ٥٠٠ جنيه لأن طلبات الورثـــة وإن تعددت فإن أساسها جميعا هي واقعة واحدة.

الفرع الثاني

إثبات ما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابي

يتمتع الدليل الكتابي بحجية في الإثبات تفوق ما للبينة من حجيـة وعلى ذلك فإنه لا يجوز – كقاعدة عامة – إثبات ما يخالف أو يجاوز مـا أشتمل عليه هذا الدليل بالبينة أو غيرها من طرق الإثبـات. وتجـد هـذه القاعدة تبريرها في أن قيام الطرفين بإثبات التصرف القانوني في محـرر رغم أن قيمته لا تجاوز نصاب الإثبات بالبينة يدل على حرصهم واتجـاه نيتهم إلى إثباته بالكتابة مهما كانت قيمته. ويجب لتطبيق تلك القاعدة توافر الشروط الثلاثة التالية [١] :

الشرط الأول : وجود دليل كتابي كامل :

ويقصد بهذا الشرط أن يكون هناك دليلا كتابيـا معـدا للإثبـات كالمحرر الرسمي أو العرفي الموقع عليه من المدين. أما إذا كان الدليـل الكتابي على هذا التصرف القانوني المدني غير كاملا فلا يكـون هنـاك مجالا لتطبيق هذه القاعدة. وتطبيقا لذلك فإنه يجوز إثبات عكس مـا هـو وارد بالدفاتر التجارية أو الأوراق المنزلية بكافة طرق الإثبات لأنها أدلـة غير كاملة وبالتالي فإنها لا تخضع لأحكام القاعدة التي نحن بصدد بيـان شروطها.

١- ويتحدد نطاق هذه القاعدة بالتصرفات القانونية المدنية وعلى العلاقة بين طرفـي العقـد أو خلفهما العام أو الخاص فقط. فإذا كان الدليل الكتابي يتضمن إثبات تصرف تجارى فـإن هـذه القاعدة لا تطبق.

الشرط الثاني : أن يكون المراد إثباته يجاوز أو يخالف الثابت بالكتابة :

ويستفاد من هذا الشرط أنه لا يجوز تكذيب أو مناقضة مـــا هـــو ثابت بمحرر كتابي. وعلى ذلك فإذا تضمن عقد البيع ما يفيد أن البائع قـد استوفى كامل الثمن فإنه لا يستطيع أن يطالب المشترى بأي جزء من هـذا الثمن إلا إذا استند إلى دليل كتابي حيث لا تكفى شهادة الشهود للإثبات في هذه الحالة. يقصد بإثبات ما يجاوز الثابت بالكتابة الادعاء بوجود إضافـــة أو تعديل لما ورد في الدليل الكتابي. ومثال ذلك أن يدعى الدائن أن ســعر الفائدة الحقيقي يزيد على ما هو وارد في عقد القرض أو يدعى المشـــترى خلافا لما هو ثابت في عقد البيع أن التصرف مضافا إلى أجل أو معلقـــا على شرط. وفى هذه الحالة لا يجوز إثبات تلك الإضافة أو ذلك التعويض إلا بالدليل الكتابي أيضا.

وإذا كانت الواقعة محل الإثبات مستقلة عن التصرف القـــانوني ولكن يترتب عليها انتفاء الالتزامات الناشئة عنه فإن المدعـــى يســتطيع إثبات هذه الواقعة بكافة طرق الإثبات بما فيها البينة والقرائـــن. وتـــبرير ذلك أننا لسنا بصدد تطبيق قاعدة وجوب الإثبات بالكتابة لإثبات ما يخالف أو يجاوز الدليل الكتابي. كما أن الادعاء هنا لا يناقض أو يجاوز ما هـــو ثابت كتابة بل يؤكده ويتوافق معه [1]. ومثال ذلك أن يدعى المدين أنه قـــد قام بالوفاء بالدين أو أن الدائن قد أبرأه من هذا الدين. على أن إثبات هـذه الواقعة القانونية يظل خاضعا لقاعدة وجوب الإثبات بالكتابة إذا كانت قيمة الالتزام أو الحق تجاوز نصاب الإثبات بالبينة أو كانت غير محددة القيمة. وعلى ذلك فإنه إذا كان مقدار الدين يجاوز ٥٠٠ جنيه فإن إثبات الوفاء به أو الإبراء منه أو توافر شروط المقاصة بشأنه يجب أن يتم بدليل كتابي [2].

١- د/ محمد حسن قاسم : المرجع السابق – ص ٢٢٢.

٢- د/ سليمان مرقس : المرجع السابق – ص ٤٥٨-٤٥٩.

وإذا انصب الإثبات على وجود عيب أثر على إرادة أحد الطرفين مما ألقى بظلاله على صحة التصرف القانوني فإن إثبات هذا العيب (غلط – تدليس – إكراه – استغلال) يجوز بكافة طرق الإثبات مهما كانت قيمة التصرف. وحكمة ذلك أن إثبات أحد عيوب الإرادة لا يعد إثباتا لما يخالف أو يجاوز المحرر الذي يتضمن بنود التصرف القانوني أو العقد بل يعتبر إقرارا بوجود هذا التصرف مع التحفظ بأن إرادة أحد طرفيه شابها عيب من عيوب الإرادة. والمعروف أن الكتابة ليست دليلا على صحة التصرف وبالتالي لا يعتبر الطعن في صحة التصرف إثباتا لما يجاوز أو يخالف ما تضمنه الدليل الكتابي [١].

وإذا كان التصرف القانوني قد ورد بمحرر عرفي لم يتضمن تاريخ إنشاءه فإن الجانب الراجح في الفقه يرى أنه يجوز إثبات هذا التاريخ بكافة طرق الإثبات مهما كانت قيمة هذا التصرف. على أنه إذا إشتمل المحرر العرفي على تاريخ إنشاء التصرف القانوني فإنه لا يجوز إثبات عكس هذا التاريخ إلا بدليل كتابي [٢]. ويجدر التنويه في النهاية إلى أن المدين إذا ادعى انقضاء الالتزام بناء على واقعة مادية فإنه يجوز إثبات ذلك بكافة طرق الإثبات. وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأنه إذا كان المدعى عليه يستند في إثبات براءة ذمته من الدين لا على تصرف قانوني بل على واقعة مادية هي استيلاء المؤجر على الزراعة التي كانت قائمة بالعين المؤجرة وأن قيمة ما استولى عليه يزيد على قيمة الإيجار المطالب به، فإنه لا تثريب على المحكمة إن هي أحالت الدعوى إلى التحقيق لإثبات هذه الواقعة حتى لو كان الإيجار الذي يتمسك المستأجر

١- د/ سليمان مرقس : المرجع السابق – ص ٤٦٠.

٢- د/ توفيق فرج : المرجع السابق – ص ١٢٨ – د/ محمد حسن قاسم : المرجع السابق – ص ٢٢٣ والمراجع المشار إليها بهامش ٣.

ببراءة ذمته منه يزيد على نصاب البينة. كما قضت ذات المحكمة أيضا بأن رد المنقولات المؤجرة إلى المؤجر واقعة مادية وليس فيها ما يخالف الثابت بعقد الإيجار كتابة أو يجاوزه ويجوز إثباتهما بالبينة [١]. كما قررت أيضا أن قيام المقاول بتنفيذ البناء طبقا لما التزم به في عقد المقاولة هو واقعة مادية يجوز إثباتها بالبينة والقرائن ولا مخالفة في ذلك لما هو ثابت في العقد إذا لم ينص فيه على وفاء المقاول بالتزاماته الواردة به [٢].

الشرط الثالث : أن يكون طالب الإثبات طرفا في التصرف الثابت كتابة:

حتى يتم تطبيق القاعدة التي نحن بصددها فإنه يلزم بجوار الشرطين السابقين أن يكون المكلف بالإثبات طرفا في التصرف الثابت كتابة. فإذا كان هذا المدعى ليس طرفا في العقد ولا خلفا عاما أو خاصا لأحد أطرافه فإنه يستطيع إثبات ما يجاوز أو يخالف ما هو ثابت كتابة بأية وسيلة من وسائل الإثبات بما فيها البينة والقرائن. ويجد هذا الأمر تبريره في أن العقد بالنسبة للغير لا يعدو أن يكون مجرد واقعة مادية وبالتالي لا يلزم لإثباتها دليل معين.

الشرط الرابع : ألا يكون هناك غش أو تحايل على أحكام القانون:

لا شك في منطقية هذا الشرط وعدالته لأن القاعدة هي أن الغش يفسد كل شئ وبالتالي يفسد كل التصرفات القانونية. وعلى ذلك فإذا تواطأ المتعاقدان على الالتفاف حول أحكام قاعدة قانونية آمرة كقواعد الميراث أو الوصية أو القواعد التي تحظر القمار فإنه يجوز للطرف الذي يضار من هذا التحايل أو التواطؤ أن يثبت عكس ما هو ثابت كتابة أو ما يجاوزه بأي طريقة من طرق الإثبات بما فيها البينة والقرائن [٣]. ومثال ذلك أن

١- نقض ١٩٦٧/٢/٢١ س ١٧- ص ٤٢٢.

٢- نقض ١٩٦٧/١١/١٦ س ١٨- ص ١٧٠٨.

٣- د/ نبيلة رسلان : المرجع السابق - ص ١٥٠.

يثبت المدين أن عقد القرض يخفى دين قمار أو ثمن مواد مخدرة أو أنـــة ليس إلا مقابل لعلاقة آثمة.

المطلب الثاني
الاستثناءات على قاعدة وجوب الإثبات بالكتابة

الأصل أن شهادة الشهود تصلح فقط لإثبات الوقائع الماديـــة و التصرفات التجارية مهما كانت قيمتها و التصرفات القانونية المدنية التـــي لا تجاوز نصاب معين (٥٠٠ جنيه). على أنه يمكن اللجوء إليها -علـــى سبيل الاستثناء - في الحالات التي كان يجب أن يقدم فيها دليـــلا كتابيـــا. ويمكن حصر الاستثناءات الواردة على قاعدة ضرورة الإثبات بالكتابة في التصرفات المدنية التي تجاوز ٥٠٠ جنيه أو تكون غير محددة القيمة فـي ثلاث استثناءات نبينها في الفروع الثلاثة التالية.

الفرع الأول : فقد الدليل الكتابي بسبب أجنبي.

الفرع الثاني : وجود مانع من الحصول على دليل كتابي .

الفرع الثالث : مبدأ الثبوت بالكتابة.

الفرع الأول
فقد السند الكتابي بسبب أجنبي

يجد هذا الاستثناء مصدرة القانوني في المادة ٦٣/ب من قـــانون الإثبـــات التي تنص على أنه " يجوز كذلك الإثبات بشهادة الشهود فيما كان يجـــب إثباته بدليل كتابي :

١- .....

٢-إذا فقد الدائن سنده الكتابي بسبب أجنبي لا يد له فيه ".

والواقع أن حكمة هذا الاستثناء ترجع إلى أن المدعى ســـبق لـــه الحصول على دليل كتابي على وجود التصرف القانوني أو انقضـــاؤه إلا

أنه قد فقده بسبب أجنبي لا يد له فيه ودون تقصير منه في الحصول على الدليل أو المحافظة عليه وحيث أن فقد السند الكتابي قد تم بسبب قهري لا يستطيع المدعى مجابهته فإنه يستطيع الإثبات بالبينة حتى لا يكون إجباره على تقديم الدليل الكتابي الذي فقده عنوة من قبيل التكليف بمستحيل [١].

وحري بالذكر أن نطاق هذا الاستثناء يمتد ليشمل حالة إثبات التصرف القانوني الشكلي الذي فقد المدعى سنده بسبب لا يد له فيه وذلك على أساس أن فقد السند قد تم بعد إبرام التصرف على نحو صحيح.

أولاً : شروط تطبيق الاستثناء :

الشرط الأول : سبق وجود سند كتابي كامل :

ويستفاد من هذا الشرط أن على من يدعى أنه قد سبق له الحصول على سند كتابي ثم فقد منه أن يثبت الوجود الفعلي لهذا السند وأنه كان يتضمن إثبات التصرف القانوني محل الادعاء وأنه كان قد استوفى كافة الشروط التي يستلزمها المشرع لصحته .

ويستطيع المدعى إثبات واقعة سبق وجود السند الكتابي بكافة طرق الإثبات حيث أنها لا تعدوا أن تكون واقعة مادية [٢]. ويجب أن يكون السند الكتابي الذي فقده المدعى يمثل دليلاً كتابيا كاملاً أما إذا كان محرر غير معد للإثبات أو مجرد مبدأ الثبوت بالكتابة فلا يكون هناك مجالاً لتطبيق الاستثناء الماثل وبالتالي لا يصح إثبات سبق وجود مثل هذه الأدلة الناقصة بالبينة أو القرائن . وذلك لأن هذا الاستثناء يقصد به حماية من لم يقصر في الحصول على دليل كتابي كامل على حقه [٣].

الشرط الثاني : فقد السند الكتابي بسبب أجنبي :

١- د/ نبيل إبراهيم سعد - د/ همام محمد محمود زهران : المرجع السابق - ص ١٩٣.

٢- د/ محمد رفعت الصباحي : المرجع السابق- ص ١٨٢.

٣- د/ مصطفى عبد الحميد عدوى : المرجع السابق- ص ١١٨ - د/ محمد حسن قاسم : المرجع السابق - ص ٢٤٢.

لا يكفى مجرد تحقيق واقعة فقد السند الكتابي لتطبيق هذا الاستثناء بل يجب أن يكون فقد هذا السند قد تم بسبب أجنبي لا يد للمدعى فيه. وقد يتمثل هذا السبب الأجنبي في قوة قاهرة كحريق يدم رمسكن المدعى أو محل عمله وقد يرجع السبب الأجنبي المؤدى لفقد السند إلى فعل الغير كما لو كان المدعى قد سلم العقد إلى محامية لرفع دعوى ففقد أو أرفقه بمستندات الدعوى فتمت سرقته. وقد يكون سبب فقد السند الكتابي راجعا إلى فعل المدعى عليه ذاته كما لو اغتصب السند الكتابي من المدعى عنوة أو عن طريق استخدام حيلة غير مشروعة [١].

ويستفاد من هذا الشرط أيضا أنه إذا كان فقد السند الكتابي يرجع لخطأ المدعى أو إهماله فإنه لا يستطيع إثبات وجود حقه أو حدوده عن طريق البينة أو القرائن. ولا شك أن هذا الحكم يعد منطقيا ولازما لقطع الطريق أمام إمكانية تواطؤ المدعى مع الشهود إضرارا بالمدعى عليه[٢].

ثانيا : أثر فقد السند بسبب أجنبي :

إذا توافر الشرطان السالف بيانهما فإنه يصبح في مقدور المدعى أن يلجأ إلى البينة أو القرائن لإثبات تصرفا قانونيا كان يجب إثباته بالدليل الكتابي. ويجوز لأطراف التصرف القانوني الاتفاق على خلاف ذلك إذ يمكنهما اشتراط الإثبات بالكتابة في كافة الأحوال وعدم جواز الاستناد إلى فقد السند الكتابي للإثبات بالبينة. ولا شك في أن مثل هذا الاتفاق يكون صحيحا بسبب عدم ارتباط القواعد الموضوعية للإثبات بالنظام العام [٣].

١- د/ محمد حسن قاسم : المرجع السابق - ص ٢٤٣ والأحكام المشار إليها بهوامش ذات الصفحة.

٢- د/ مصطفى عبد الحميد عدوى : المرجع السابق- ص ١١٩ - د/ توفيق فرج : المرجع السابق - ص ١٥٤-١٥٥.

٣- د/ همام محمد محمود زهران : المرجع السابق - ص ١٣٧.

وتطبيقا لهذا الاستثناء فقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كان المدعى يقول إن الدين الذي رفعت به الدعوى ثابت بسند ضاع في حادث سرقة فإن هذا الدين يكون بمقتضى المادة ٢١٧ من القانون المدني جائزا إثباته بالبينة أو بالقرائن ما دام الحادث لم يكن راجعا إلى إهمال من جانبه. وإذا فإن كانت المحكمة قد اقتنعت من التحقيقات الحاصلة عن الحادث، وعلى الأخص مما أدلى به المدعى عليه نفسه بها، أن السند كان موجود وسرق، وأن ذمة المدعى عليه ما زالت مشغولة بالدين فذلك من شأنها وحدها ولا يصح أن ينعى عليها أنها لم تأخذ فيما انتهت إليه بدليل بعينه إذ الإثبات في هذه الحالة يجوز بجميع الطرق [١]. وأكدت ذات المحكمة أيضا على أن نتيجة فقد السند الكتابي بسبب أجنبي لا يد له فيه هي جواز إثبات ما ورد فيه بالبينة شريطه أن يكون الفقد نتيجة حادث جبري أو قوة قاهرة. عدم قبول تمسك الدائن بأي سبب يرجع إلى فعله ولو كان مجرد إهمال أو تراخى. وبينت المحكمة أن تدليل الحكم المطعون فيه على سبق وجود المحرر ومضمونة، دون التحقق من أن فقده كان بسبب أجنبي يعد خطأ في القانون [٢].

١- نقض ١٩٤٢/٦/١٨ – مجموعة النقض في ٢٥ سنة- ص ٤٢ – القاعدة ١٣٢.

٢- نقض ١٩٧٦/٦/٢٨ – س ٢٧ – ص ١٤٤٤.

الفرع الثاني

وجود مانع من الحصول على دليل كتابي

ورد هذا الاستثناء بالفقرة أ من المادة ٦٣ من قانون الإثبات التي تقرر أنه يجوز الإثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب إثباته بدليل كتابي إذا وجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي. وتقرر المادة ٤/٢٥٧ من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني ذات الحكم أيضا حيث تنص على أنه " يجوز الإثبات بشهادة الشهود مهما كانت قيمة المدعى به في المواد والحالات الآتية : ..... ٤- إذا استحال على الدائن الحصول على بينة خطية ويكتفي بمجرد الاستحالة المعنوية. وهى تنشأ خصوصا عن العرف المتبع في بعض المهن أو عن علاقات القربى بين الأصول والفروع أو بين الحواشي حتى الدرجة الثالثة أو بين الزوجين أو بين أحد الزوجين ووالدي الزوج الآخر أو بين الخطيب وخطيبته.

ومما سبق ينتج أنه إذا وجد مانع مادي أو أدبي حال بين المدعى وبين الحصول على دليل كتابي على صدق دعواه فإنه يمكن الاستعاضة عن هذا الدليل الكتابي باللجوء إلى البينة والقرائن. ويقصد بالمانع الذي يحول دون الحصول على دليل كتابي ذلك المانع الذي تنشأ عنه استحالة الحصول على كتابة وقت التعاقد استحالة نسبية عارضة ترتبط بشخص ما وبظروف معينة تم إبرام التعاقد في ظلها. وبمعنى آخر فإن المانع هو استحالة نسبية مادية أو أدبية تقوم عند إبرام التصرف تحول دون الحصول على دليل كتابي للإثبات [1].

١- د/ عبد الحميد عثمان محمد – د/ نبيلة رسلان : مرجع سابق – ص ٥١٠ – د/ سليمان مرقس : المرجع السابق – ص ٥٥٨ – د/ محمد حسن قاسم : المرجع السابق – ص ٢٣٥.

وحري بالذكر أن مجال هذا الاستثناء هو التصرفات القانونية فقط وهو ما يعني أن المانع من الحصول على الدليل الكتابي هو مانع نسبي لا مطلق ولا يرتبط بطبيعة التصرف المراد إثباته بل **بالظروف التي تم إبرام هذا التصرف في ظلها**. وتعني نسبية المانع أن استحالة الحصول على دليل كتابي لإثبات وجود أو حدود أو انقضاء التصرف لا تشمل الكافة بل تقتصر على أشخاص بعينهم وبسبب الظروف التي أحاطت بإبرام التصرف. وهذه الظروف قد تتغير من وقت لآخر. ومثال ذلك أن يوجد مانع أدبي بين صديقين ثم تسوء العلاقة بينهما بعد ذلك فيزول هذا المانع. ويخرج من نطاق هذا الاستثناء **الوقائع المادية** لأن المانع من الحصول على دليل كتابي لإثباتها هو **مانع مطلق** يرجع لطبيعة الواقعة وليس إلى ظروف حدوثها. وقد ثار خلاف في الفقه [1] حول حالة كون **المانع من الحصول على الدليل الكتابي يرجع إلى عدم وجود من يستطيع** كتابة السند المثبت للحق أو الالتزام. ويرى جانب من الفقه **أنه لا يعتد** بهذا المانع إلا في الدول التي نص قانونها عليه صراحة كقانون البينات السوري والأردني والقانون المدني العراقي. **ويتجه جانب آخر في الفقه إلى أن هذا المانع يعتد به حتى في البلدان التي لم تنص تشريعاتها عليه** صراحة لأن المشرع في هذه الدول – كمصر – عادة يكتفي بذكر المانع بصفة عامة دون بيان أنواعه أو تطبيقاته على سبيل الحصر. كما أن تقدير هذا المانع يعد من **المسائل الموضوعية التي يستقل قاضي** الموضوع بتقديرها. ونحن من جانبنا **نميل إلى هذا الاتجاه الثاني لصحة** منطقه وقوة أسانيده.

١- راجع في ذلك المستشار / عز الدين الديناصوري والأستاذ / حامد عكاز: المرجع السابق – ص ص ٥٥٣-٥٥٤ – د/ محمد حسن قاسم : المرجع السابق – ص ص ٢٣٦-٢٣٧.

أولا : أنواع الموانع

تنقسم الموانع التي يمكن أن تحول دون الحصول على دليل كتـابي إلى **موانع مادية** وأخرى **أدبية** وثالثة ترجع إلى **العرف** الذي يسـود فـي بعض المهن. وأيا كان نوع المانع فإنه يجب أن نراعى حقيقتين أساسيتين: أولاهما أن الاستحالة المقصودة هنا تتعلق بالحصول على سند كتـابي أو طلبه لإثبات الالتزام ولا تتعلق بتقديم هذا السند إذ تخضع حالة اسـتحالة تقديم السند بسبب أجنبي لا يد له فيه لأحكام أخرى. وبمعنى آخـر فـإن هناك استحالة مادية أو أدبية تحول دون الحصول على الدليـل الكتـابي أصلا وهى ما نحن بصدد دراستها. أما النوع الآخر من الاستحالة فـهو يتعلق باستحالة تقديم الدليل الكتابي وقد سبق لنـا بيـان شـروطها فـي الاستثناء السابق. وتتمثل الحقيقة الثانية في أن **فكرة الاستحالة** تختلف عن **فكرة الصعوبة** ويعنى ذلك أن مجرد صعوبة الحصول على الدليل الكتـابي لا تكفى لتطبيق الاستثناء محل الدراسة. ومما سبق فإنه يمكن القول بـأن التعاقد بالوسائل الإلكترونية الحديثة لا يعنى توافر الاستحالة التي تعفـي من الحصول على دليل كتابي إذ أننا نكون بصدد مجرد الصعوبة وليـس الاستحالة بمعناها المطلوب وهو ما لا يؤيده بعض الفقه المصري [١].

١- **المانع المادي** : ويتحقق هذا المانع حين ينشأ التصرف القانوني فـي ظروف لا تمكن المدعى من إعداد أو تهيئة الدليل الكتـابي أو الحصـول عليه. ومن تطبيقات المانع المادي حالة **الوديعة الاضطرارية التي تعنـي** إيداع الشخص لأمواله لدى آخر لتلافى خطر محدق. ومثال ذلـك أيضـا إيداع المنقولات والمشغولات الذهبية لدى الجيران في حالة نشوب حريـق

١- راجع في ذلك د/ محمد حسام محمود لطفي : الإطار القانوني للمعـاملات الإليكترونيـة- دراسة في قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية مع إشارة خاصة لبعض قوانيـن البلـدان العربية – دار النهضة العربية ٢٠٠٢ – ص ٥٣ والمراجع المشار إليها.

بمسكن صاحبها. ومن ذلك أيضا قيام شخص يوشك على الغرق أو أصيب بمرض مفاجئ بتسليم أمواله إلى صديق لـه علـى سـبيل الأمانـة دون الحصول على دليل كتابي على ذلك الإيداع. وبصفة عامة فـإن المـانع المادي يتحقق في كل حالة يبرم فيـها التصـرف فـي ظـل ظـروف اضطرارية مفاجئة أيا كان نوع هذا التصرف [١]. ولا يمكن تحديد الموانـع المادية مقدما إذ أنها ترتبط بظروف كل واقعة وهو ما يبرر ترك تقديـر هذه المسألة لتقدير محكمة الموضوع متى أسست حكمـها علـى أسـباب سائغة [٢]. وقد تبنت محكمة النقض هذا المعنى حين قضت بأن المادة ٥١٢ من القانون المدني لم تعين المانع من الحصول على دليل بالكتابـة حيـث يكون ذلك لازما ولم تضع له قيودا بل جاء نصها عاما مطلقا. وهذا يـدل على أن الشارع ترك تقدير المانع لقاضي الموضوع بحسب ما يتبينه مـن ظروف كل حالة وملابساتها. فتقدير المانع بجميع ظروفه ومنها القرابة أو النسب أو غيرهما من الصلات، ر يخضع لرقابة محكمة النقض متى كـان مستخلصا من أمور تؤدى إليه [٣].

وتبدو أهمية فكرة المانع المـادي أيضـا فـي مجـال التجـارة الإلكترونية والعقود التي تبرم بالوسائل التقنية الحديثة لأن القول بغير ذلك يعني أن هذا النوع من العقود سيكون بلا دليل ممـا يـهدر الثقـة فـي المعاملات واستقرارها خاصة وأن هذه التعاملات لا تدخل بالضرورة فـي إطار المعاملات التجارية التي تخضع لمبدأ حرية الإثبات.

١- د/ جميل الشرقاوى : المرجع السابق- ص ٨٤.

٢- د/ عبد الحميد عثمان محمد - د/ نبيلة رسلان : المرجع السابق - ص ٥١١.

٣- نقض ١٩٤٥/١/٢٥ - مجموعة النقض في ٢٥ سنة - ج١ - ص ٤٣ - القـاعدة ١٤٢ .- في نفس المعنى ١٩٨١/١١/٢٥ - الطعن رقم -١٨ لسنة ٤٨ق.

٢- المانع الأدبي :

خلافا للمانع المادي فإن نظيرة المعنوي يرجع إلى اعتبارات أو ظروف نفسية أو أدبية تقوم في الوقت الذي تم فيه التصرف فتمنع من توافرت في حقه من الحصول على دليل كتابي لإثبات حقه أو المطالبة بهذا الدليل. ويتميز المانع الأدبي بأنه ذاتي **يختلف من شخص لآخر** ولا يجوز الاستناد في تقرير وجودة من عدمه إلى مقتضيات اللياقة والحرج التي تفرضها صلة القرابة أو أواصر الصداقة بصورة مجردة بل يلزم البحث في خصوصية العلاقة بين ذوى الشأن عند نشأة التصرف[١].وتجدر الإشارة إلى أن الاستناد إلى وجود المانع الأدبي.أكثر شيوعا في الواقع العملي من المانع المادي. وقد وضع المشرع المصري معيارا مرنا يشمل صورا لا حصر لها من العلاقات الإنسانية الخاصة والتي قد تدعو للحرج الذي يمنع – أدبيا – من الحصول على دليل كتابي على الحق أو الالتزام المراد إثباته. على أنه يمكن القول أن أبرز تطبيقات المانع الأدبي تتمثل في :-

أ- العلاقة الزوجية وصلة القرابة :

تتبنى بعض الدول [٢] معيارا جامدا بشأن تحديد نطاق المانع الأدبي حيث تقصر هذا النطاق على صلة القرابة بين الأصول والفروع أو بين الحواشي للدرجة الثالثة في بعض الدول والرابعة في البعض الآخر وكذا رابطة الزوجية. على أن المشرع المصري قد تبنى التقدير الواقعي للعلاقة بين أطراف التصرف القانوني بحيث لا يكتفي بمجرد توافر الصلة أو درجة القرابة للقول بالضرورة بوجود المانع الأدبي بل يجب البحث في حقيقة هذه العلاقة وظروفها. فقد يثبت من واقع العلاقة بين الطرفين انتفاء

١- د/ هسام محمد محمود زهران : المرجع السابق- ص ١٣١.

٢- من هذه الدول العراق – سوريا – لبنان.

المانع الأدبي رغم قوة القرابة أو رغم أنهما يرتبطان برابطة الزوجية. ومثال ذلك أن تكون هناك منازعات قضائية قائمة بين الزوجين أو الأصدقاء وسابقة التصرف القانوني الذي يجب إثباته بالكتابة. ولا شك أن وجود مثل هذه المنازعات بين أطراف التصرف لا يمكن معها القول بوجود مانع أدبي من الحصول على دليل كتابي لإثباته. وقد يتوافر المانع الأدبي بين المدعى والمدعى عليه رغم تباعد درجة القرابة أو حتى انتفائها كما لو تبرع المدعى عليه بإحدى كليتيه أو بقدر مؤثر من دمه بما يطوق عنق المدعى ويمنعه أدبيا من المطالبة بدليل كتابي.

وتطبيقا لذلك ذهبت محكمة استئناف مصر في حكم لها في ٢٦ أكتوبر ١٩٤٦ [١] إلى الموانع الأدبية التي تسمح بالإثبات بالبينة والقرائن تخضع لظروف الدعوى لا لشدة القرابة وحدها. فإذا زوجت سيدة ابن خالتها من ابنتها بغير مهر، وجهزت هي ابنتها، وأقامت الابنة وزوجها عندها ليسرها، هذه الظروف كلها تمنع الزوج أدبيا مانعا قويا من مطالبة أم زوجته كتابة إذا أودعها مالا أثناء إقامته وزوجته عندها.

وتتمتع محكمة الموضوع بسلطة تقديرية في استخلاص وجود المانع الأدبي من عدمه وفقا لظروف كل دعوى ولا تخضع لرقابة محكمة النقض في هذا الشأن طالما كان استخلاصها مؤسسا على أسباب منطقية وأسس سائغة. وإذا استخلصت المحكمة انتفاء المانع الأدبي رغم وجود صلة القرابة أو الزوجية فإنها يجب أن تبين أسباب ذلك من خلال ظروف الحال وسوابقهم في تنظيم علاقاتهم القانونية السابقة [٢].

١- مجلة المحاماة – السنة ٢٢ – رقم ١٢٧- ص ٣٧١.

٢- د/ نبيل إبراهيم سعد – د/ همام محمد محمود زهران : المرجع السابق – ص ١٩٠.

ب- صلة الخطوبة : الخطوبة **كأصل عام لا تعد مانعا أدبيا من الحصول** على الدليل الكتابي على أن الملابسات التي تكتنف علاقة طرفاها قد تؤدى أحيانا إلى توافر خاصة إذا كانت فترة الخطوبة طويلة نسبيا واقترب موعد الزفاف. ولذلك فإنه طالما أن العرف في مصر قد جرى على أنه بعد الاتفاق على الخطبة خاصة بين المسلمين يقوم الخاطب بدفع المهر وشراء الشبكة ويودع الجهاز لدى أسرة الزوجة لحين إتمام الزفاف. فإذا لم يتم الزواج وطالب الخاطب بأعيان الجهاز ومفرداته فإنه يستطيع إثبات دعواه بالبينة مهما كانت قيمة الجهاز وذلك لوجود المانع الأدبي من الحصول على الدليل الكتابي [١]. وقد قررت محكمة النقض في هذا الصدد أيضا أن فترة الخطبة -وعلى ما جرى به العرف - لها سمتها الخاصة التي تفرض على الخطيبين و أسرتيهما سلوكا صحيحا آتية التودد والمجاملة بما يستهدف به كل طرف غرس الثقة وبعث الطمأنينة لدى الطرف الآخر وهو مالا يلائمه التعامل بالكتابة في شأن أداء المهر أو تقديم الشبكة وما في حكمها من الهدايا المتعارف عليها فإن هذه الفترة تعد بذاتها مانعا أدبيا يحول دون الحصول على دليل كتابي في هذا الخصوص ويجيز الإثبات بشهادة الشهود عملا بالفقرة الأولى من المادة ٦٥ من قانون الإثبات [٢].

ج- الصلات الحميمة وعلاقة الخدمة :

قد يتحقق المانع الأدبي أيضا بين من تربطهم صلات حميمة كالصداقة أو الجوار أو رابطة التلميذ بأستاذه أو المرؤوس برئيسه في العمل .... الخ . وقد تدل ظروف العلاقة بين الخادم والمخدوم على توافر المانع الأدبي بسبب طول مدة الخدمة والتي تمنع الخادم من مطالبة

١- المستشار/ عز الدين الديناصورى والأستاذ/ حامد عكاز : المرجع السابق - ص ٥٥٥ .

٢ - نقض ١٩٩٣/٦/١٠ - الطعن رقم ١٠٦٩ لسنة ٥٩ق.

مخدومة بدليل كتابي لإثبات أجرة أو ما أنفقه في سبيل القيام بشئون المنزل.

٣- **عرف بعض المهن :**

أشرنا حال إلى أن العرف العام يمنع الخاطب من الحصول على دليل كتابي لإثبات ما قدمه للمخطوبة من شبكة أو جهاز أو غيرها على أننا نخصص هذه الجزئية للتعرف على عرف بعض المهن كالطب والمحاماة وما يجرى العمل عليه في الفنادق. فالعرف المتبع في مهنة الطب يمنع الطبيب عادة من الحصول على دليل كتابي بالأجر المتفق عليه لإجراء جراحة أو غير ذلك مما تقتضيه مهنته . كما أن العرف السائد مجال حياكة الملابس يأبى عادة حصول الحائك على دليل كتابي بأجرة لدى العميل أو حصول هذا الأخير على دليل كتابي على الأقمشة المراد حياكتها [١]. وقد جرى العرف أيضا في بعض الدول كفرنسا على عدم حصول من يرتاد المسرح أو المطعم على إيصال لدى تسليمه لمعطفه عند الدخول. كما يجد المدرس الخاص مانعا أدبيا من الحصول على دليل كتابي على أولياء الأمور نظير عمله[٢].

ثانيا :- أثر وجود المانع :

إذا وجد مانع مادي أو أدبي حال بين المدعى وبين الحصول على دليل كتابي كان من حقه إقامة الدليل على هذا التصرف القانوني بالبينة أو القرائن. على أن المانع الأدبي لا يرتب ذات الأثر إذا كنا بصدد تصرف شكلي تكون الكتابة فيه ركنا للانعقاد وليس مجرد وسيلة للإثبات.

[١] - د/ جميل الشرقاوى : المرجع السابق- ص ٨٥-المستشار/ عز الدين الديناصورى و الأستاذ/ حامد عكاز: المرجع السابق- ص ٥٥٥.

[٢] -د/ محمد حسن قاسم : المرجع السابق- ص٢٤٠.

ويترتب على وجود المانع المادي أو الأدبي أيضا عدم سريان التقادم حتى يزول هذا المانع المادي أو الأدبي [١].

الفرع الثالث
بداية الثبوت بالكتابة

حتى يحظى الدليل الكتابي بحجية في الإثبات كدليل كامل ومستقل فإنه يجب أن يكون معدا للإثبات وموقعا من الخصم الذي يحتج به عليه. على أن المادة ٦٢ من قانون الإثبات المصري قد أوردت حالة يكون فيها للدليل الكتابي غير الكامل قدرا من الحجية – حين نصت على أنه " يجوز الإثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب إثباته بالكتابة إذا وجد مبدأ الثبوت بالكتابة وكل كتابة تصدر من الخصم ويكون من شأنها أن تجعل وجود التصرف المدعى به قريب الاحتمال تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة [٢].

وتجدر الإشارة بداءة إلى أن المشرع المصري ويتبعه في ذلك كثير من الفقه يطلق على هذا الاستثناء اصطلاح (مبدأ الثبوت بالكتابة). والواقع أن الأدق هو استخدام مصطلح بداية الثبوت بالكتابة حيث أن استخدام الاصطلاح الذي درج عليه الفقه والتشريع يؤدى للخلط بين بداية الثبوت بالكتابة وقاعدة الإثبات بالكتابة إذا حصل التعبير عن القاعدة بالمبدأ [٣].

وسوف نوضح فيما يلي المقصود ببداية الإثبات بالكتابة ونطاقها وأركانها وآثارها.

١- د/ مصطفى عبد الحميد عدوى : المرجع السابق – ص ١١٧.

٢- في نفس المعنى المادة ٣/٢٥٧ من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني.

٣- راجع في ذلك د/ جميل الشرقاوى : المرجع السابق – ص ٧٩ هامش ١.

أولا :- المقصود ببداية الثبوت بالكتابة ونطاقها :

وفقا للمادة ٢/٦٢ من قانون الإثبات فإنه يقصد ببداية الثبوت بالكتابة " كل كتابة تصدر من الخصم ، ويكون من شأنها أن تجعل وجود التصرف المدعى به قريب الاحتمال ". وقد عرفت المادة ٣/٢٥٧ من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني بداية الثبوت بالكتابة أو بداءة البينة الخطية بأنها " أي كتابة ولو خالية من التوقيع صادرة عن الخصم المحتج بها عليه أو عمن يمثله تجعل وجود التصرف المدعى به قريب الاحتمال ".

ومن هذا يمكن تعريف بداية الثبوت بالكتابة بأنه تلك الكتابة الصادرة عن الخصم والتي لا يتوافر فيها شروط الدليل الكتابي الكامل ومن شأنها أن تجعل الحق المدعى به قريب الاحتمال. ومن حيث **نطاق** هذا **الاستثناء** فإنه يقتصر على **التصرفات غير الشكلية** والتي يمكن إثباتها بالدليل الكتابي. وعلى هذا لا تصلح بداية الثبوت بالكتابة لإثبات التصرفات الشكلية إذ تعتبر الكتابة ركنا لانعقادها وليس مجرد وسيلة للإثبات مما يعنى أنه لا وجود للتصرف حال تخلف الكتابة.

ثانيا : - أركان بداية الثبوت بالكتابة :

الركن الأول :- وجود الكتابة :

يتمثل الركن الأول من أركان بداية الثبوت بالكتابة في وجود الكتابة التي لا تمثل دليلا كاملا. ويعنى ذلك أن الورقة المكتوبة قد تكون محضرا أو استجوابا تثبت أقوال الخصم وقد تكون رسالة من المدعى عليه للمدعى تشير إلى الواقعة المدعى بها. ويمكن أن تكون الورقة المكتوبة مجرد قصاصات يمكن تجميعها ومعرفة ما هو مدون بها.

ويستوي أن تكون الورقة المكتوبة مهيأة للإثبات من عدمه وأن تكون موقعة ممن صدرت عنه أو من يمثله من عدمه طالما كانت صادرة في حدود الوكالة أو الوصاية [١]. وتصلح الدفاتر التجارية والسجلات والأوراق المنزلية والمراسلات والتأشيرات على سند الدين ومحاضر الجرد ودفاتر الحساب والمذكرات الشخصية ولو كانت مدونة في عدة أوراق متناثرة وكذا صور الأوراق الرسمية والعرفية. ويصلح المحرر الرسمي الباطل إذا كان موقعا من ذوى الشأن كبداية ثبوت بالكتابة. ويمكن اعتبار المحرز العرفي الباطل بسبب عدم التوقيع عليه بداية ثبوت بالكتابة طالما كان صادرا من المدين أو من ينوب عنه.

ويعتبر المحرر العرفي الصادر من المدين أو الموقع منه بداية ثبوت بالكتابة إذا كان هذا المحرر لا يحتوى على مقدار الدين إذ يمكن عندئذ إثبات قيمة الدين بأي وسيلة من وسائل الإثبات بما فيها البينة والقرائن. ولا يعتبر ذلك إثباتا لما يجاوز أو يخالف ما هو ثابت بالكتابة إذ أننا لسنا بصدد كتابة تمثل دليلا كاملا. " وفى بعض الأحيان قد يكون مجرد بيان سلبي أي مجرد إغفال ذكر بيان في ورقة، صالحا لأن يكون مبدأ ثبوت بالكتابة ، فيستخلص مبدأ الثبوت بالكتابة من عدم ذكر أمر في ورقة تحتويه عادة كما إذا لم يذكر الورثة في محضر جرد أموال مورثهم دينا للمورث فإن هذا يصلح مبدأ ثبوت بالكتابة في التخالص من هذا الدين" [٢].

ويجب أن تكون **الورقة المكتوبة** والتي تمثل بداية الثبوت بالكتابة **موجودة فعلا** وأن يقدمها المدعي للمحكمة. فإذا تم فقدها فلا يجوز إثبات تحريرها ومضمونها بشهادة الشهود لأن ذلك يعنى أن الإثبات كله جائز

١- د/ توفيق فرج : المرجع السابق – ص ١٤٤.

٢ – المستشار/ عز الدين الديناصورى و الأستاذ/ حامد عكاز: المرجع السابق – ص ٥٣٦.

بالبينة وهو ما يخالف القانون إذا كان مقدار الحق يجاوز نصاب الإثبات بالبينة. وينتقد بعض الفقه [١] ما تذهب إليه كثيرا من المحاكم التي ترفض اعتبار الورقة مبدأ ثبوت بالكتابة بسبب خلوها من بعض البيانات. ويبدو خطأ هذا الاتجاه القضائي من حيث أن السند أو المحرر إذا اشتمل على كافة البيانات المطلوبة فإنه سيتحول إلى دليل كامل وليس مجرد بداية الثبوت بالكتابة وبالتالي يكون القول بغير ذلك فهم خاطئ لمفهوم بداية الثبوت بالكتابة.

الركن الثاني :- أن تكون الورقة صادرة من الخصم الذي يحتج بها عليه أو عن ممثله :

ويتحقق هذا الركن إذا كانت الورقة قد تم تحريرها بخط هذا الخصم أو كانت موقعة منه. وتعتبر الكتابة صادرة من الخصم أيضا إذا كان أميا وأملاها لمن يجيد القراءة والكتابة إذ يمكن القول أن هذا الإملاء يعادل الإمضاء. وتعتبر الورقة صادرة من الخصم الذي يحتج عليه بها إذا كانت صادرة ممن يمثله قانونا كالوكيل أو الوصي ما لم يكن صدورها خارج حدود الوكالة مثلا فعندئذ لا تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة إلا إذا كان الخصم قد أصدر بشأنها إذنا خاصا للوكيل. ولا تعتبر الورقة الصادرة من الابن أو الزوجة أو الشريك بداية ثبوت بالكتابة طالما لا يوجد توكيل من الخصم لهم.

" ويعتبر المحامى وكيلا عن الخصم أمام القضاء، فالمذكرات التي يقدمها نيابة عن موكله تصلح أن تكون مبدأ ثبوت بالكتابة ضد الموكل، كما تعتبر الأقوال والإقرارات التي يدلى بها المحامى في مرافعته الشفوية وتدون في محضر الجلسة أو محضر التحقيق كأنها صادرة من الموكل متى صدرت من المحامى في حدود وكالته " [٢].

١- المستشار/ عز الدين الديناصورى و الأستاذ/ حامد عكاز: المرجع السابق – ص ٥٣٧.

٢- المستشار/ عز الدين الديناصورى و الأستاذ/ حامد عكاز: المرجع السابق – ص ٥٣٨.

ويجوز للخصم الذي يحتج عليه بالورقة التي تعتبر بداية ثبوت بالكتابة أن يطعن في صحة صدورها منه وذلك بطريق التزوير إذا كانت الورقة عبارة عن محرر رسمي وبطريق الإنكار إذا كنا بصدد محرر عرفي. وإذا نجح هذا الخصم في إثبات عدم صدور الورقة عنه فلا يعتد بها.

الركن الثالث :- أن يكون من شأن الكتابة جعل وجود التصرف المدعى به قريب الاحتمال :

لا يكفي أن توجد ورقة صادرة عن الخصم أو من يمثله حتى نكون بصدد بداية الثبوت بالكتابة بل يلزم بجانب ذلك بل وقبله أن يكون من شأن هذه الورقة جعل الحق المدعى به قريب الاحتمال. ويعني ذلك أن يكون احتمال صدق هذه الورقة في الدلالة على الحق أو الواقعة محل الادعاء هو الاحتمال الراجح. ولا يلزم أن يكون من شأن الورقة أن تقطع بثبوت الحق أو الواقعة لأنها ليست الدليل الوحيد أو الكامل في الدعوى. وتستطيع محكمة الموضوع التأكد من تحقق هذا الشرط من عدمه لأنه يدخل في إطار المسائل الموضوعية التي تستقل بها هذه المحكمة متى أسست حكمها على أسباب سائغة. وعلى ذلك فإنه لا يجوز المنازعة بشأن هذا الشرط لأول مرة أمام محكمة النقض ما لم تكن محكمة الموضوع قد بنت حكمها على أسباب غير منطقية وتتعارض أصلا مع ما هو ثابت في الورقة ذاتها [١].

" ويمكن القول بأن المحررات التي يصح أن تجعل الأمر المطلوب إثباته قريب الاحتمال تدل عليها أحد أنواع ثلاثة، أولها : المحررات التي تشير إلى الواقعة المدعى بها ولكنها لا ترقى إلى مرتبة الدليل الكتابي

---

١ – د/ محمد حسن قاسم : المرجع السابق – ص ٢٣٢.

الكامل إما لأنه يعتورها عيب شكلي كالمحررات الرسمية الباطلة إذ يمكن اعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة إذا لم تصلح بذاتها أن تكون دليلا كاملا. وإما لأنه ينقصها شرط من الشروط التي يتطلبها القانون كالمحرر العرفي الذي يشير إلى الحق المدعى به ولكنه لا يتناول شروط التعاقد كأن يوقع البائع على إيصال يقر فيه بالبيع دون أن يذكر الثمن وشروط البيع ، وثانيهما : المحررات التي **ترجح بشكل سلبي صحة الواقعة** المراد إثباتها أي أن يغفل ذكر بيان في المحرر رغم أنه يدرج فيه عادة كما إذا جردت أموال المورث بحضور ورثته ولم يذكر محضر الجرد دين محرر عنه سند لصالح المورث ضد أحد مدينيه فيصبح اعتبار إغفال ذكر الدين في محضر الجرد مبدأ ثبوت بالكتابة لصالح المدين على الوفاء بهذا الدين بالنسبة للورقة، وثالثها : المحررات التي لا تشير إلى الواقعة المدعى بها إيجابا ولا سلبا ولكن **يمكن أن يستنبط منها أن الحق المدعى به قريب الاحتمال** كما إذا كان تاريخ سند القرض هو نفس تاريخ عقد البيع فإن هذا يعد مبدأ ثبوت بالكتابة على أن القرض هو ثمن المبيع " [١].

وحري بالذكر أن الفقه قد توسع في مفهوم بداية الثبوت بالكتابة حرصا على ربط قواعد الإثبات بالتطور التقني حيث اعتبر التلكس مبدأ ثبوت بالكتابة شأنه شأن شريط التسجيل وكذلك الميكروفيلم. وقد اعتبر القضاء الفرنسي أيضا صور المستندات التي تنسخ بالطرق العادية كالكربون مبدأ ثبوت بالكتابة. وتصلح مخرجات الحاسب الآلي أيضا لأن تكون بداية ثبوت بالكتابة إذا استوفت الأركان الثلاثة السابق ذكرها [٢].

١- المستشار/ عز الدين الديناصوري و الأستاذ/ حامد عكاز: المرجع السابق - ص ٥٣٩.
٢- - د/ محمد حسام محمود لطفي : المرجع السابق - ص ٦٢.

ثالثا :- أثر وجود بداية الثبوت بالكتابة :

يترتب على توافر أركان بداية الثبوت بالكتابة جواز الإثبات بالبينة أو القرائن. على أنه يلزم أن يتقدم المدعى **بطلب للمحكمة** للتصريح له بالإثبات بالبينة وإحالة الدعوى للتحقيق لاستكمال دلالة الورقة التي تمثل بداية الثبوت بالكتابة. ويتمتع قاضى الموضوع بسلطة تقديرية في قبول هذا الطلب من عدمه إلا أنه يجب أن يبين أسباب رفض طلب المدعى. ومتى نجح المدعى في استكمال بداية الثبوت بالكتابة بالبينة أو القرائن قام ذلك مقام الدليل الكتابي في الإثبات [١].

وكما نوهنا فإنه يجب أن يتقدم المدعى بطلب للمحكمة حتى تصرح له بالإثبات بالبينة على أنه يجوز **للقاضي من تلقاء نفسه** أن يعتبر الورقة التي يقدمها الخصم كدليل في الدعوى مبدأ ثبوت بالكتابة ولو لم يتمسك المدعى بذلك ويجوز له بالتالي أن يستكمل دلالة هذه الورقة بما تحتويه أوراق الدعوى وظروفها من قرائن تكفى لتكوين عقيدته [٢].

---

١ - نقض ٢٦ / ١٢ / ١٩٩٠ - مجموعة أحكام النقض - س ٤١ - ص ٩٩٣.

٢ - د/ محمد حسن قاسم : المرجع السابق- ص ٢٣٤.

المبحث الثاني

أنواع المحررات[1]

تنقسم المحررات أو المستندات التي تصلح دليلا كتابيا إلى محررات رسمية وعرفية. و يقصد بالنوع الأول تلك المحررات التي يقوم بتحريرها موظف عام مختص كعقد الرهن الرسمي. أما المحررات العرفية فهي تعنى تلك التي تصدر من الأفراد وهذا النوع ينقسم إلى أوراق معدة للإثبات وهى التي تكون موقعة من ذوى الشأن وبالتالي فتعتبر دليلا كاملا، وأوراق لم تعد لتكون أدلة إثبات كالرسائل ودفاتر التجار والأوراق الخصوصية . وقد حدد القانون شروط كل نوع من هذه الأوراق وبين قوته في الإثبات.

***التمييز بين نوعى المحررات:** يمكن أن نميز المحرر العرفي عن نظيره الرسمي من النواحي التالية:

١- من ناحية الشكل :

يشترط في المحرر الرسمي أن يقوم بتحريره موظف عام مختص وفقا لأوضاع مقررة، أما المحرر العرفي فالشرط الوحيد لصحته هو توقيع المدين علية إذا كان معدا للإثبات.

٢- ومن ناحية الحجية في الإثبات :

يتميز المحرر العرفي بأنه حجة على الكافة من حيث صدوره من موقعه ولا سبيل لدحض هذه الحجية إلا عن طريق الطعن بالتزوير. أما المحرر العرفي فيكفى لدحض ما له من حجية إنكار الخط أو التوقيع. أما من حيث صحة ما ورد فيها ، فالمحررات الرسمية حجة إلى حد الطعن بالتزوير بالنسبة لما قام به الموظف أو وقع من ذوى الشأن في

---

[1] - هذا الجزء حتى ص١٨٢ من تأليف الأستاذة الدكتورة / نبيلة رسلان مع بعض التعديل.

حضوره. أما بالنسبة لما ورد من بيانات صادرة من ذوى الشأن ودونها الموظف تبعا لإقراراتهم ، فإن فى وسع من يجحدها أن يثبت عكسها بطريق الإثبات العادية، دون حاجة إلى الادعاء بالتزوير. أما المحررات العرفية، فيمكن إثبات عكس كل ما جاء فيها، ولا فرق بين ما قرره موقعها من أنه علمه بنفسه وما قرره رواية عن الغير. ثم إن تاريخ المحرر العرفي يكون حجة على موقعيه، ولكنه لا يعتبر حجة على الغير إلا إذا كان ثابتا، أما تاريخ المحرر الرسمي فيعتبر صحيحا إلى أن يطعن بالتزوير .

٣-من ناحية القوة التنفيذية :

يتمتع المحرر الرسمي بالقوة التنفيذية دون حاجة إلى استصدار حكم، ويكون تنفيذه بالصورة التنفيذية للمحرر. وخلافا لذلك فان المحرر العرفي لا يتمتع بقوة تنفيذية بل يلزم لتنفيذه الحصول على حكم قابل للتنفيذ و الذي ينفذ حينئذ هو الحكم لا المحرر[١].

---

[١] - د/ توفيق فرج : المرجع السابق – ص ٦٩.

المطلب الأول

المحرر الرسمي

ينقسم هذا المطلب إلى ما يلي:

الفرع الأول

شروط اكتساب المحرر للصفهالرسمية

يجب أن تتوافر عدة شروط حتى يكتسب المحرر الصفة الرسمية. وقد بينت المادة العاشرة من قانون الإثبات هذه الشروط وحصرتها فيما يلى:

الشرط الأول : صدور الورقة من موظف عام أو مكلف بخدمة عامة :

وهو كل شخص تعينه الدولة للقيام بعمل من أعمالها ن سواء كان ذلك بأجر كالموثق والمحضر وسائر الموظفين في الوزارات والمصالح الحكومية والمحافظات والمحليات . أو كان بغير أجر كالمأذون والعمدة والشيخ ، أو كان شخصا مكلفا بخدمة عامة كالخبير فيما يتعلق بالمهمة التي ندبته المحكمة من أجلها . ويتنوع الموظفون العموميين تبعا لما يقومون به من أعمال . فمن يقوم بتحرير التصرفات هو المأمور الرسمي أو الموثق ويعتبر القاضي موظفا عاما بالنسبة إلى الأحكام التي يقوم بكتابتها ، وكاتب الجلسة بالنسبة إلى محاضر الجلسات التي يثبتها [١]. والمحضر بالنسبة إلى أوراق المرافعات التي يقوم بإعلانها ومحاضر تنفيذ

١- قضت محكمة النقض " بأن محضر الجلسة يعتبر ورقة رسمية وفق نص المادة ١٠ من قانون الإثبات وما أثبت فيه حجة على الكافة فلا يجوز للطاعنة أن تنكر ما جاء به إلا بالطعن عليه بالتزوير طبقا لنص المادة ١١ من ذات القانون " نقض ١٩٧٧/٤/٢٠ مجموعة أحكام س ٢٨ ص ١٠٠٠ .

٢- وقد قضت محكمة النقض بأن " المحررات التي يجريها القناصل المصريون في الخارج بوصفهم موثقين يكون لها ذات القوة الرسمية للمحررات التي تحرر وتوثق في مصر " . كما أن المحررات الرسمية التي تقوم بتوثيقها القنصلية في مصر وفقا لقوانين الدول التي تتبعها تلك الجهات تعتبر محررات رسمية أجنبية ، فيكون لها بهذه المثابة حجيتها في الإثبات " نقض ١٩٧٤/١٢/٤ مجموعة المكتب الفني س ٢٥ ص ١٣٣٤ .

الأحكام والمستندات الرسمية ، والمأذون بالنسبة لتحرير عقـود الـزواج وشهادات الطلاق ، ورجل الدين المنوط به تحرير عقود الزواج الخاصـة بغير المسلمين من المصريين ....

ويهمنا في هذا الصدد بصفـة خاصـة الأوراق التـي يثبـت فيـها الموظفون العموميين التصرفات القانونية بناء على ما يتلقونـه مـن ذوى الشأن ، وتختص بها الآن مكاتب التوثيق . وبعد إلغاء المحاكم الشـرعية والمجالس الملية عدلت المادة ٣ من قانون التوثيق. وبمقتضى هذا التعديل أصبحت مكاتب التوثيق تتولى توثيق جميع المحررات عدا عقود الـزواج وشهادات الطلاق والتصادق على ذلك بالنسبة للمصريين المسلمين ، فـهذه يستمر المأذون في توثيقها، كما نص علـى أن توثيـق عقـود الـزواج والطلاق فيما يتعلق بالمصريين غير المسلمين، والمتحدى الطائفة والملة ، يقوم به موثقون منتدبون بقرار من وزير العدل. وتمشيا مع الواقـع فقـد عين موثقون من رجال الدين من غير المسلمين للقيـام بعمليـة التوثيـق كالتي يقوم بها المأذون بالنسبة للمسلمين، وهم يتولون توثيق عقود الزواج والطلاق بالنسبة إلى المصريين غير المسلمين [١] والمتحدى الطائفة والملة. وقد عهد إلى مكاتب التوثيق بتحرير جميع الاشهادات الأخرى التي كـانت تتولاها المحاكم الشرعية والمجالس الملية عدا الاشهادات التي ينص عليها القانون على جعلها من اختصاص المحكمة.

الشرط الثاني: صدور المحرر من الموظف العام في حدود سلطته واختصاصه :

يجب وفقا للمادة ١٠ من قانون الإثبات أن يصـدر المحـرر مـن موظف عام أو من في حكمة وفي حدود اختصاص و سلطة كـلا منـهم حتى يتمتع هذا المحرر بالصفة الرسمية.

ويقصد بالسلطة في هذه الحالة أن تكون للموظف ولاية تحرير المحرر، فإذا صدر بعد عزله أو نقله أو وقفه فإن يكون باطلا. على أنه إذا كان الموظف لا يعلم بالعزل أو الوقف أو النقل أو إنهاء الولاية، وكان ذوو الشأن هم أيضا حسنى النية لا يعلمون بشيء من ذلك، فإن الورقة الرسمية التي يحررها الموظف في هذه الظروف تكون صحيحة رعاية للوضع الظاهر المصحوب بحسن نية [1].

كما يقصد بالسلطة أيضا ألا يقوم بالموظف مانع يجعله غير صالح لتوثيق هذا المحرر بالذات، ذلك أن القانون لا يجيز للموثق أن يباشر توثيق محرر يخصه شخصيا أو تربطه وأصحاب الشأن صلة قرابة لغاية الدرجة الرابعة. كذلك يجب أن يكون الموظف العام مختصا بتحرير المستند من حيث نوعه ومن حيث مكان تحريره. فلكل نوع من الأوراق الرسمية موظفون عموميين يختصون بكتابته، فإذا حرر موظف عام ورقة لا تدخل في اختصاصه من حيث نوعها فهذه الورقة لا تثبت لها صفة الرسمية، فالأحكام القضائية [2] لا تصدر إلا عن القضاة، ومحاضر الجلسات [3] لا يحررها إلا كتبة المحاكم، والإعلانات القضائية [4] لا يقوم

١- د. السنهورى : الوسيط – ج٢ – ص ١٦٧.

٢- نسخة الحكم الأصلية كورقة رسمية حجة بما تتضمنه من بيانات . نقض ١٩٨٣/٣/٢٤ طعن رقم ١٥٤٧ لسنة ٤٩ق.

٢٥١- محضر الجلسة يعتبر ورقة رسمية وما أثبت فيه حجة على الكافة . نقض ١٩٧٧/٤/٢٠ – س ٢٨-ص ١٠٠٠.

٣- محضر الإعلان من المحررات الرسمية التي اسبغ القانون الحجية المطلقة على ما دون بها من أمور باشرها محررها في حدود مهمته . نقض ١٩٨٢/١٠/٣١ طعن رقم ٢٣٣٧ لسنة ٥١ ق.

٤- " مباشرة الموظف العام أو المكلف بخدمة عامة لإجراء معين لا يقطع بتوافر شروط اختصاصه وامتناعه لا يفيد عدم توافرها وإنما العبرة بحقيقة الواقع " نقض ١٩٧٧/٤/٢٧ مجموعة المكتب الفني س ٢٨ ص ١٠٨٤.

بها إلا المحضرون، والعقود الموثقة يقوم بها الموثقون فحسب،.ووثائق السفر العادية لا يحررها إلا موظفو وزارة الداخلية وهكذا. وعلى ذلك فإذا حرر موظف ورقة لا يختص بتحريرها لا تعدو ورقة رسمية.

و يجد الاختصاص المكاني أساسه فى أن لكل موظف اختصاص إقليمي لا يجوز له أن يباشر عمله خارجة. فالموظف في أحد مكاتب التوثيق يمتنع عليه أن يباشر عمله خارج دائرة اختصاص هذا المكتب. فإذا كان يعمل في مكتب طنطا مثلا فلا يجوز له أن يقوم بالتوثيق في مكتب بدمنهور أو المحلة الكبرى. وليس معنى ذلك أن على الأفراد التقدم بمحرراتهم إلى مكتب معين ن ذلك أن لهم الحرية في التقدم إلى أي مكتب . فلا مانع من تقديم محرر مثبت لتصرف تم في القاهرة لتوثيقه في مكتب الإسكندرية . وإنما يقصد بهذا التحديد أن يمنع الموثق من مباشرة عمله خارج دائرة اختصاصه ، فالموظف التابع لمكتب معين لا يجوز له أن يوثق سوى المحررات المقدمة لهذا المكتب فقط .

الشرط الثالث : مراعاة الأوضاع القانونية المقررة لإصدار المحرر :

يحدد المشرع لكل نوع من المحررات الرسمية أوضاعا يلتزم الموظف المختص بمراعاتها عند تحريرها حتى يكتسب المحرر الصفة الرسمية. من ذلك ما جاء في شأن توثيق المحررات الخاصة بالتصرفات المدنية من ضرورة أن يكون المحرر مكتوبا باللغة العربية وبخط واضح دون إضافة أو تحشير أو كشط. وأن يشتمل – عدا البيانات الخاصة بموضوع المحرر– على ذكر السنة والشهر واليوم والساعة التي تم فيها التوثيق واسم الموثق ولقبه ووظيفته، وبيان ما إذا كان التوثيق قد تم بالمكتب أو

في مكان آخر وأسماء الشهود ، وأسماء أصحاب الشأن وأسماء آبائهم وأجدادهم لآبائهم .

وعلى الشهود أن يوقعوا على المحرر مع أصحاب الشأن ومع الموثق كما يجب على الموثق ، قبل توقيع ذوى الشأن على المحرر المراد توثيقه ن أن يتلو عليهم الصيغة الكاملة للمحرر ومرفقاته. وأن يبين لهم الأثر القانوني المترتب عليه دون أن يؤثر في إرادتهم. وتحفظ بالمكتب أصول المحررات التي توثق وتنسخ صور منها لتسليمها لذوى الشأن ويؤشر الموثق بالتسليم على المحرر، ويوقع هذا التأشير [١].

***جزاء تخلف شروط صحة المحرر الرسمي :**

الأصل أنة يترتب على تخلف شروط صحة المحرر الرسمي كلها أو بعضها بطلانه وفقدانه للصفة الرسمية. على أنه بالنسبة للشرط الثالث، وهو الخاص بمراعاة الأوضاع القانونية فانه يجب أن نميز بين الأوضاع والإجراءات الجوهرية التي يترتب على تخلفها بطلان المحرر، وبين الأوضاع والإجراءات غير الجوهرية التي لا يترتب على تخلفها البطلان. ومثال الأوضاع الجوهرية : البيانات العامة الواجب ذكرها كالتاريخ وأسماء ذوى الشأن. ويعتبر من الأوضاع غير الجوهرية ترقيم الصفحات صفحة صفحة أو توقيعها ، والإضافة والتحشير والكشط [٢].

١- د. توفيق فرج : المرجع السابق – ص ٧٣ ، د. عبد الودود يحيى : الإثبات – ص ٤١.

٢- د. السنهورى : الوسيط- ج٢ – ص ١٨٢. وفى هذا قضت محكمة النقض بأن إثبات الزوجة في عقد الزواج أنها بكر على خلاف الحقيقة لا ينطوي على جريمة تزوير غذ لم يعد عقد الزواج لإثبات هذه الصحة وأن من المقرر شرعا أن اشتراط بكارة الزوجة لا يؤثر في صحة الزواج بل يبقى العقد صحيحا ويبطل هذا الشرط . نقض جنائي ١٩٦٤/٣/٩ مجموعة أحكام النقض س ١٥ ص ١٧٦.

- د. السنهورى : الوسيط ج٢ ص ١٨٩ ، د. الصدة : الإثبات ص ٨٠ د. توفيق فرج : المرجع السابق- ص ٧١.

ولكن إذا كان المحرر يعتبر باطلا، فهل معنى ذلك أنه يعتبر مجردا من كل قيمة ؟ يقرر المشرع في الفقرة الثانية من المادة العاشرة من قانون الإثبات قيمة ذلك إذ تنص على أن " فإذا لم تكسب هذه المحررات صفة الرسمية فلا يكون لها إلا قيمة المحررات العرفية متى كان ذوى الشأن قد وقعوها بإمضائهم أو بأختامهم أو ببصمات أصابعهم". معنى ذلك أن المحررات الرسمية الباطلة تكون لها قوة المحررات العرفية في الإثبات بشرط أن تكون موقعة من ذوى الشأن. هذا ما لم تكن الرسمية مشترطة لانعقاد التصرف – كما في الهبة والرهن الرسمي – ففي هذه الحالة لا يكون للمحرر الرسمي الباطل قيمة ما، وكذلك الحكم إذا اتفق الأطراف على ضرورة أن يتم التصرف في شكل محرر رسمي .

***حجية المحرر الرسمي في الإثبات :**

إذا استكمل المحرر الرسمي شروطه أو عناصره فانه يتمتع بحجية كاملة في الإثبات دون حاجة إلى الإقرار به. فإن نازع الخصم فى صحته فلا تقع على المتمسك به إقامة الدليل على صحته، وإنما يقع عبء نقضه على من ينكره. وسبيل ذلك الإنكار هو الطعن بالتزوير و هذا ما تقضى به المادة ١١ من قانون الإثبات التي تنص على أن "*المحررات الرسمية حجة على الناس كافة بما دون فيها من أمور قام بها محررها فى حدود مهمته أو وقعت من ذوى الشأن فى حضوره ، ما لم يتبين تزويرها بالطريق المقرر قانوناً* ". فرسمية الورقة إذن قرينة قانونية على صحتها ، ولكنها قرينة بسيطة يمكن إثبات عكسها بالطريق الذي رسمه القانون وهو الطعن بالتزوير .

وتكون للمحرر هذه الحجية وتلك القوة متى كان مظهره الخارجي ينطق برسميته. فإذا كان شكله الخارجي يدعو للشك ويوحي بتزويره

كوجود كشط أو تحشير أو عدم اشتمالها على توقيع أو خاتم ، فإنها تفقد هذه الحجية ويجوز إثبات عكسها وفقا للقواعد العامة ، بل يجوز للمحكمة أن تحكم برد أي محرر وبطلانه إذا ظهر لها بجلاء من حالته أو من ظروف الدعوى أنه مزور ، ولو لم يدع أمامها بالتزوير [١]. وفي هذا تنص المادة ٢٨ من قانون الإثبات على أن "*للمحكمة أن تقدر ما يترتب على الكشط والمحو والتحشير وغير ذلك من العيوب المادية فى المحرر من إسقاط قيمتها فى الإثبات أو انقضائها . وإذا كانت صحة المحرر محل شك فى نظر المحكمة ، جاز لها من تلقاء نفسها أن تدعو الموظف الذي صدر عنه أو الشخص الذي حرره ليبدى ما يوضح حقيقة الأمر فيه*".

ويعد المحرر الرسمي حجة على الناس كافة بما تضمنه من أمور قام بها محرره فى حدود مهمته أو وقعت من ذوى الشأن فى حضوره، ما لم يتبين تزويره بالطرق المقررة قانونا. وعلى ذلك يعتبر المحرر الرسمي حجة بالنسبة لذوى الشأن وكذلك بالنسبة للغير، و لا سبيل لدحض ما جاء فيه الطعن بالتزوير. والغير الذي يحتج عليه بالمحرر الرسمي هو نفس الغير الذي يحتج عليه بالتصرف القانوني والخلف الخاص. مثال ذلك مدين يبيع سيارته بعقد رسمي، ويدعى الدائن أن هذا البيع الرسمي لم يصدر من مدينه ليتمكن بذلك من التنفيذ بحقه على الشيء المبيع. فى هذا الغرض يستطيع المشترى من المدين أن يحتج بالبيع الرسمي على دائن البائع ولا يجوز للدائن، إلى أن يطعن بالتزوير، أن ينكر ما ورد فى المحرر الرسمي من أمور أو بيانات دونها الموثق فى حدود مهمته أو بيانات وقعها الأطراف فى حضوره.

١- نقض مدني ١٩٨٢/٣/٢٨ طعن رقم ١٢٥٤ س ٤٨ق ، ١٩٨١/٥/١٢ طعن رقم ٤١ لسنة ٤٩ق ، ١٩٨٠/٢/٢١ طعن رقم ٣٥٤ لسنة ٤٧ق ، ١٩٧٥/١١/١٠ س٢٦ص ١٤١٤.

و يمكن الغير إنكار صحة الوقائع التي أثبتها الموثق فى ذاتــها ، دون أن يتعرض فى ذلك لأمانة الموثق أو نزاهته [١]. و يكفى الغير لذلك أن يقيــم الدليل على العكس بالطرق المقررة قانونا و له أن ينــازع فــى صحــة التصرف أو فى نفاذه فى حقه وفقا للقواعد التي قررهــا القــانون. ففــي المثال السابق يستطيع دائن البائع أن يطعن بالصورية فى البيع الرســمي الصادر من مدينه، وأن يثبت هذه الصورية بجميع الطرق ومنــها البينــة والقرائن لأنه من الغير [٢].

***حجية البيانات المدونة فى المحررات الرسمية :**

تقضى المادة ١١ من قانون الإثبات بأن *" المحررات الرسمية حجــة على الناس كافة بما دون فيها من أمور قام بها محررها فى حدود مهمتــه أو وقعت من ذوى الشأن فى حضوره ، ما لم يتبين تزويرهــا بــالطرق المقررة قانونا"*. ونستخلص من هذا النص أن المحرر الرسمي يعتبر حجة بصحة ما دون فيه من بيانات، ولا يمكن نقض هذه الحجيــة إلا بطريــق واحد هو طريق الطعن بالتزوير. هذه الحجية لا تثبت إلا للبيانــات التــي أثبتها الموظف العام نفسه، أو التي وقعت من ذوى الشأن فى حضــوره. وفى هذا قضت محكمة النقض بأن حجية المحرر الرسمي وفقا لصريــح نص المادة ١١ من قانون الإثبات، تقتصر على ما ورد به من بيانات قــام بها محرره فى حدود مهمته أو وقعت من ذوى الشأن فى حضوره [٣].

١- د. السنهوري : الوسيط ج٢ـص ٢٠٨ .

٢- نقض مدني ١٩٧٧/٤/٢٧ س ٢٨ ص ١٠٨٤ ، ١٩٧٧/٣/١٦ - س٢٨ - ص ٦٩٧.

٣- نقض مدني ١٩٧٩/٢/٧ مجموعة المكتب الفني - س ٣٠ - ص ٤٩٦.

و يجب أن نميز بين نوعين من البيانات التي يتضمنها المحرر الرسمي:

النوع الأول : البيانات التي تصدر من الموظف العام، وهذه البيانات تكون حجة على الناس كافة ولا يمكن نقض حجيتها إلا عن طريق الطعن بالتزوير [1]. ومثال هذه البيانات تاريخ الورقة، ومكان توقيعها، واثبات توقيع ذوى الشأن، وتوقيع الموثق [2]. كذلك يشمل هذا النوع من البيانات ما يصدر من ذوى الشأن فى حضور الموظف كإقرار البائع له أنه قبض الثمن أو إقرار المشترى أنه تسلم المبيع ن فهذه البيانات تكون حجة بصحة وقوعها، ولا يستطيع البائع بعد ذلك أن ينكر إقراره بقبض الثمن، ولا يستطيع المشترى أن ينكر إقراره بتسلم المبيع إلا إذا طعن بالتزوير. على أن صفة الرسمية لا تلحق إلا الإقرار من الناحية المادية فقط. فإذا ادعى البائع عدم وفاء المشترى بالثمن ، أو ادعى الأخير أنه لم يتسلم المبيع فإنه يستطيع إثبات ذلك بطرق الإثبات العادية. ويرجع ذلك إلى أن واقعة قبض الثمن أو تسلم المبيع لم تحدث أمام الموظف فلا تكتسب الصفة الرسمية. وتقضى محكمة النقض في هذا الصدد [3] بأن الأوراق الرسمية حجيتها قاصرة على البيانات التي تتعلق بما قام به محررها أو شاهد حصوله من ذوى الشأن أو تلقاه عنهم فى حدود سلطته واختصاصه. أما البيانات الأخرى التي يدونها نقلا عن ذوى الشأن، المرجع فى إثبات حقيقتها إلى القواعد العامة فى الإثبات.

١- الشهادة الصادرة من واقع دفاتر الشهر العقاري – إيرادها إقرار الموصى بالإيصاء بثلث تركه وتوقيعه بالدفتر – صلاحيتها كمسوغ لسماع دعوى الوصية – كفايتها من إثبات صحة صدور الوصية عنه ". نقض مدني ١٩٧٩/٣/٢١ مجموعة أحكام س ٣٠ ص ٨٩٧.

٢- " توقيعات ذوى الشأن على الأوراق الرسمية التي تجرى أمام الموثق تعتبر من البيانات التي يلحق بها وصف الرسمية ، فتكون لها حجية في الإثبات حتى يطعن عليها بالتزوير " . نقض ١٩٦٣/٧/١٣ مجموعة المكتب- س ١٤ - ص ١٠٠٦.

٣- نقض مدني ١٩٧٧/٤/٢٧ مجموعة المكتب- س ٢٨ -ص ١٠٨٤.

ومن ذلك يتبين لنا أن البيانات التي يتعين الطعن فيها بالتزوير بيانات محددة. ويستلزم القانون أن تكون فى حدود مهمة الموثق. والعلة فى تحديد البيانات التي يطعن فيها بالتزوير هو أن هذا الطريق ليس بالطريق السهل. فقد رسم له القانون إجراءات معينة وجعل عبء الإثبات فيه على مدعى التزوير، وفرض عليه غرامة. وقد نظم القانون طرق الادعاء بالتزوير، ونكتفي هنا بالإحالة إليها فى المواد ٤٩ إلى ٥٩ من قانون الإثبات.

النوع الثاني : البيانات التي يمكن إثبات عكسها و هو عبارة عن البيانات التي تصدر من ذوى الشأن ويدونها الموظف العام تحت مسئوليتهم دون أن يكون له تحرى صحتها. فإذا قرر أحد المتعاقدين أمام الموثق أنه باع منزلا لآخر، وقرر المتعاقد الآخر أنه اشترى هذا المنزل، فإن واقعة البيع هذه تثبت لها صفة الرسمية لأنها أمام الموثق ولا يجوز إنكار البيع إلا عن طريق الطعن بالتزوير. أما إذا ادعى أحد المتعاقدين بعد ذلك أن البيع كان صوريا فإن له أن يثبت ذلك بالطرق العادية دون حاجة إلى الطعن بالتزوير. ومن ذلك أيضا إقرار البائع أمام الموثق أنه قبض الثمن، فواقعة الإقرار تثبت لها صفة الرسمية لأنها صدرت أمام الموثق، ولكن هذا لا يمنع البائع بعد ذلك أن يثبت بالطرق العادية انه لم يقبض الثمن، وذلك لأن واقعة قبض الثمن لم تقع أمام الموثق.

ومما سبق نلاحظ أن المحرر الرسمة يتضمن نوعين من البيانات وهى تلك التي تصدر من الموظف العام فى حدود مهمته، أو تصدر من ذوى الشأن فى حضوره. و يتمتع هذا النوع من البيانات بالصفة الرسمية ولا يجوز نقضها إلا عن طريق الطعن بالتزوير. أما النوع الثاني فهو عبارة عن البيانات الصادرة عن ذوى الشأن والتي يدونها الموظف العام على مسئوليتهم دون أن يكون فى استطاعته أن يتحقق من صحتها، وهذه

البيانات لا تلحقها صفة الرسمية، والطعن فيها لا يمس أمانة الموظف، ولذلك يمكن إثبات عكسها بطرق الإثبات العادية دون حاجة إلى سلوك طريق الطعن بالتزوير.

*** مدى حجية صور المحرر الرسمي :**

من المسلم به أن قواعد التوثيق تقضى بحفظ أصول المحررات الرسمية التي تحمل توقيعات ذوى الشأن والشهود والموثق بمكاتب التوثيق، وكذلك نسخ الأحكام القضائية الأصلية. ولا يحصل أصحاب الشأن إلا على صورة منها موقعة من الموثق أو الكاتب. و إذا كانت النسخة الأصلية للمحرر تتمتع بالحجية في الإثبات فانه يلزم معرفة مدى تمتع صور المحرر الرسمي بهذه الحجية. والواقع أنة يجب التمييز بين حالة وجود أصل المحرر الرسمي وحالة عدم وجود هذا الأصل [١].

أ- حالة وجود أصل المحرر الرسمي :

حينما يتواجد أصل المحرر الرسمي فإن صورته سواء كانت رسمية أو خطيه أو فوتوغرافية تكون حجة بقدر مطابقتها للأصل. والقاعدة أن الصورة مطابقة للأصل ما لم ينازع فى ذلك أحد الطرفين إذ عندئذ يجب مراجعة الصورة على الأصل بأن تأمر المحكمة بضم الأصل إلى ملف الدعوى أو تندب قاضيا للانتقال إلى مكتب التوثيق ليطابق الصورة على الأصل . وفى هذا قضت محكمة النقض بأن

١- قضت محكمة النقض بأن " الصورة الرسمية للمحررات يجوز الاستناد إليها كدليل في الإثبات دون الرجوع إلى الأصل ما لم تكن محل منازعة ". نقض ١٩٧٦/٥/٢٥ مجموعة المكتب الفني - س٢٧ - ص ١٠٦٣.

الصورة الرسمية حجة بقدر مطابقتها للأصل – **سقوط القرينة بالمنازعة في تلك المطابقة ويجب أن تكون المنازعة جدية وصريحة** [١].

ب- حالة عدم وجود أصل المحرر الرسمي :

تكفلت المادة ١٣ من قانون الإثبات ببيان قيمة صور المحرر الرسمي في هذه الحالة بنصها على أنة " *إذا لم يوجد أصل المحرر الرسمي كان للصورة حجة على الوجه الآتي :*

أ) يكون للصورة الرسمية الأصلية تنفيذية كانت أو غير تنفيذية حجية الأصل ، متى كان مظهرها الخارجي لا يسمح بالشك في مطابقتها للأصل.

ب) ويكون للصورة الرسمية المأخوذة من الصورة الأصلية الحجية ذاتها ولكن يجوز في هذه الحالة لكل من الطرفين مراجعتها على الصورة الأصلية التي أخذت منها.

ج) أما ما يؤخذ من صور رسمية للصور المأخوذة من الصور الأصلية فلا يعتد به إلا لمجرد الاستئناس تبعا للظروف". من هذا النص يتبين أنه إذا لم يكن أصل الورقة الرسمية موجودا فإنه يجب التفرقة بين ثلاثة أنواع من الصور :

أ- الصور الرسمية الأصلية :

و يقصد بذلك الصور التي تؤخذ من الأصل مباشرة سواء كانت هذه الصور تنفيذية وهي التي تنقل من الأصل مباشرة وتوضع عليها الصيغة التنفيذية [٢]، أو كانت غير تنفيذية مثل الصورة الأصلية الأولى وهي تنقل من الأصل مباشرة عقب التوثيق وتعطى لذوى الشأن ، والصورة الأصلية

١- نقض مدني ١٩٧٨/٥/٢٤ مجموعة المكتب س ٢٩ ص ١٣١٥ ، ١٩٧٦/٥/٥ س ٢٧ – ص ١٠٦٣ ، ١٩٧٣/٦/٢٦ س٢٤ – ص ٩٦٧.

٢- المادة التاسعة من قانون التوثيق .

البسيطة وهى التي تنقل من الأصل مباشرة لكن بعد التوثيق بمدة وتعطى لذوى الشأن ، وقد تعطى للغير ، بعد إذن القضاء [١] ، والصورة التي تحرر بحضور القاضي المنتدب عندما يصدر قرار من المحكمة بضم الأصل إلى ملف الدعوى لمضاهاة الصورة الأصلية عليه عند النزاع فيها، كما رأينا فى الحالة الأولى إذا كان أصل الورقة موجودا. وفى كل الحالات السابقة تعتبر الصورة صورة أصلية لأنها مأخوذة من الأصل مباشرة ، ويكون لها حجية الأصل ، طالما كان مظهرها الخارجي لا يسمح بالشك فى مطابقتها له. وحجية الصورة فى هذه الحالة مستمد من ذاتها لا من الأصل غير موجود

ب- الصور الرسمية المأخوذة من الصورة الأصلية :

يختلف هذا النوع عن سابقة حيث في هذا الفرض نجد أن الصور ليست مأخوذة عن الأصل مباشرة. ويكون لها نفس الحجية التي للصور المأخوذة عنها . ولكن هذا يستلزم بقاء الصور الأصلية حتى يمكن المراجعة عليها إذا ما طلب أحد الطرفين ذلك [٢]. وحجية الصور فى هذه الحالة ليست مستمدة من ذاتها ، بل مستمدة من الصور الأصلية. فإذا لم توجد مطابقة للصورة الأصلية استبعد ولو بقيت الصور الأصلية. وإذا ما فقدت الصورة الأصلية ، فمفهوم ذلك أن الصورة المأخوذة عنها لا يكون لها حجية عند المنازعة فيها ، ولا يعتد بها إلا لمجرد الاستئناس.

ج-الصور الرسمية للصور المأخوذة من الصور الأصلية :

الواقع أنه لا يعتد بهذا النوع من صور المحرر الرسمي إلا على سبيل الاستئناس تبعا للظروف. فللقاضي أن يعتد بها حسب ظروف كل دعوى،

١- المادة الثامنة من قانون التوثيق.

٢- د. السنهورى : الوسيط - ج٢ - ص٢٢٥ ، ويرى البعض أنها تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة : د. الصدة : الإثبات - ص ١٠٤ ، الديناصورى وعكاز : التعليق - ص٥١.

لكن باعتبارها مجرد قرائن فحسب أي أنها لا تصلح حتى مبـــدأ ثبـوت بالكتابة ذلك أن المسافة بين هذه الصورة والصورة الأصلية تتعدد حلقاتها، فهي صورة من الصور [١].

* القوة التنفيذية للمحرر الرسمي :

فضلا عن الحجية التي يتمتع بها المحرر الرسمي فى الإثبات فـــان له قوه تنفيذية دون حاجة إلى استصدار حكم قضائي بتنفيذها متى كـــانت متضمنة حقا محقق الوجود معين المقدار وحال الأداء. وحري بـــالذكر أن الذي تثبت له هذه القوة فى التنفيذ إنما هو المحرر الموثق الـــذي يحـــرره الموثقون المختصون دون سواهم من الموظفين العموميين الذي يدخل فـــى اختصاصهم تحرير أوراق رسمية كمحاضر الشرطة وتحقيقات النيابـــة، و غير ذلك. فكل هذه الأوراق تعد أوراقا رسمية لها حجيتها فـــى الإثبـــات ولكن لا تعد سندات تنفيذية ولو تضمنت إقرارا بحق أو تعهدا بشيء.

وقد قررت محكمة النقض أنـــه إذا كـــان الثـــابت مـــن الشـــهادة المستخرجة من سجلات المحكمة الشرعية من واقع بيع، أنها ليست أصـــلا أو صورة لورقة رسمية، حتى يكون لها حجة معينة فى الإثبات وإنما هـــي لا تعدو أن تكون ملخصا مستخرجا من شروط عقد البيع ، فقد انحســـرت عنها الحجية المقررة فى القانون لأصل الورقـــة الرســـمية أو صورتـــها لينبسط عليها سلطان قاضى الموضوع فى تقدير الدليل المستمد منـــها [٢]. كما قررت أيضا بصدد محاضر جمع الاستدلالات أنه ليس لـــها الحجيـــة

١- د. السنهوري : الوسيط ج٢ ص ٢٣٠ ، د. سـليمان مرقـس : أصـول - ص ١٨٩ ، د. توفيق فرج : ص٨٤.

٢- نقض مدني ١٩٦٣/٤/١٨ مجموعة النقض - س١٤ - ص ٥٤٣ .

- نقض ١٩٧٣/٣/١٤ -س٢٣ -ص٤٠٧ .

المطلقة التي أسبغها القانون على البيانات التي أعدت لها الورقة الرسمية وإنما تكون خاضعة للمناقشة والتمحيص وقابلة لإثبات عكسها بكافة الطرق، دون حاجة لسلوك طريق الطعن بالتزوير [١].

١- نقض مدني ١٨/٤/١٩٦٣-مج س ١٤- ص ٥٤٣.

المطلب الثاني

المحرر العرفي

مفهومه و أنواعه :

يقصد بالمحرر العرفي ذلك المحرر الذي يصدر عن ذوى الشأن كأشخاص عاديين ليكون دليلا كاملا لإثبات تصرف قانوني معين. فالمحرر العرفي هي إذا يصدر من ذوى الشأن دون أن تدخل موظف عمومي. وللمحررات العرفية نوعان : الأول هو المحررات المعدة لأن تكون أداة إثبات فهي أدلة مهيأة. ويتمثل النوع الثاني في الأوراق غير المعدة للإثبات كالمذكرات الخاصة والدفاتر والأوراق المنزلية.

الفرع الأول

المحررات العرفية المعدة للإثبات

ينقسم هذا المبحث إلى المطلبين التاليين:

الغصن الأول

مقومات المحرر العرفي

لكي يكون المحرر العرفي دليلا في الإثبات فانه يجب أن يستجمع الشروط أو المقومات التالية:

الشرط الأول

وجود محرر مكتوب

يقصد بذلك الشرط أن نكون بصدد ورقة مكتوبة تتضمن تصرفا قانونيا يرغب الطرفان في إقامة الدليل علية[1]. والورقة العرفية هي كتابة تدل على المقصود منها دون النظر للغة هذه الكتابة إذ قد تكون باللغة العربية وبغيرها. ولا عبرة بطريقة تحريرها – بخط اليد أو بالآلة الكاتبة

---

[1] – د/ همام محمد محمود زهران : المرجع السابق– ص ٢٢٠.

أو حتى كانت مطبوعة – أو بشخص كاتبها ، فقد يكون المدين وقد يكون غيره حتى لو كان الدائن نفسه. وليس من الضروري أن يتضمن المحرر العرفي ذكر مكان تحريره أو تاريخه إلا إذا تطلب القانون ذلك، مثل الأوراق التجارية، فقد تطلب القانون التجاري أن تتضمن تاريخها.

الشرط الثاني

وجود توقيع لم يجحده من يراد الاحتجاج علية بالمحرر

لا يكفى أن يكون هناك محررا مكتوبا بواسطة ذوى الشأن بل يلزم بجانب ذلك بل وقبلة أن يشتمل الورقة هذا المحرر على توقيع من تنسب إليه. والتوقيع هو أهم شرط فى الورقة العرفية فهو الذي يعطيها حجيتها فى الإثبات [1]. فإذا خلا المحرر من التوقيع فلا قيمة لها فى الإثبات، إلا إذا كان بخط المدين، فيعتبر فى هذه الحالة مبدأ ثبوت بالكتابة [2]. والتوقيع المقصود فى هذا الخصوص هو توقيع من تنسب إليه الورقة التزاما. ومتى وجد التوقيع بهذا المفهوم اكتسب المحرر حجيته ولو خلا من توقيع الشهود. ولا يشترط وسيلة محددة للتوقيع فقد يكون بالإمضاء وقد يكون ببصمة الختم أو الإصبع. وقد قضت محكمة النقض بأن للبصمة قوة الإمضاء فى نظر الشارع المصري وبأن التوقيع بالإمضاء لا ينفى التوقيع ببصمة الإصبع أيضا، إذ قد يكون التوقيع بالبصمة بالإضافة إلى الإمضاء تلبية للطرف الآخر الذي يقصد التحفظ من الطعون التي قد توجه فى المستقبل إلى صحة الإمضاء [3]. و مما سبق يبدو لنا بجلاء أن كل ما يلزم

١- د. السنهورى : الوسيط ج٢ – ص ٢٣٤ ، د. سليمان مرقس : أصول – ص ٧٥.

٢- نقض مدني ١٩٧٨/١/٣١ س٢٩ص٣٥٧ ، نقض ١٩٧٧/٣/٢٧س٢٨ص٨٠١.

٣- يشترط أن يوقع النائب أو الوكيل بإمضائه هو بصفته نائبا أو وكيلا عن الأصل، فلا يجوز للنائب أو الوكيل أن يوقع على الورقة بإمضاء الأصيل لأن التوقيع عمل شخصي لا يجوز

هو أن يكون التوقيع للشخص الذي ينسب إليه هذه المحرر أو نائبة القانوني فى حدود نيابته. وبديهي أنه يشترط أن يوقع الشخص الورقة باسمه، فإن وقعها باسم شخص غيره فلا يكون التوقيع صحيحا، ولا تكون للورقة أية حجية، كذلك الأمر إذا بصم الشخص بختم غيره، فلا تكون للورقة حجية على صاحب الختم إلا إذا أثبت أن ذلك كان برضائه [١].

والأصل أنة لا يوجد للتوقيع مكانا محددا من المحرر فقد يأتي فى نهايته – وهذا هو الغالب– أو فى هامشه فى اتجاه طولي. وإذا تعددت صفحات المستند أو المحرر فانه يكفى أن يرد التوقيع فى صفحته الأخيرة ولا يلزم أن يرد التوقيع فى كل صفحة. و يعتبر التوقيع حجة على الشخص – ما لم ينكره – ولو كان أعمى أو أميا. ولا يشترط كذلك لحجية المحرر العرفي أن يكون التوقيع لاحقا على الكتابة، فقد يكون سابقا عليها فى حالة التوقيع على بياض ما لم يعدل من سلم إليه المستند أو المحرر في مضمون البيانات المتفق عليها إذ في هذه الحالة يكون على صاحب التوقيع عبء إثبات حقيقة البيانات المتفق عليها ولكن بالكتابة وفقا للقاعدة العامة. و تطبيقا لذلك قررت محكمة النقض أنه إذا كان الثابت أن المطعون عليها قد سلمت الورقة الموقعة على بياض للطاعن اختيارا لمساعدتها فى تقديم طلب إلى وزارة الشئون الاجتماعية للحصول على معونة أو لتعيينها فى إحدى الوظائف، وإن الطاعن قد استغل أميتها وثقتها فيه فاستعمل المحرر الذي وقعت عليه لكتابة عقد الإيجار مثار النزاع،

(١) مراجع . د. عبد المنعم الصدة – ص ١٠ ، ١١ ، نقض مدني ١٩٧٤/٣/٢٦ – س٢٥ – ص ٥٧٥.

فإن الحكم المطعون فيه إذا اعتبر ذلك تزويرا يجوز إثباته بكافة الطـــرق يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون [١].

و يشترط لحجية المحرر الموقع على بياض أن يكون الخصـــم قـد حصل عليه بطريق مشروع. فإن كان المدعى قد حصل عليه بغير رضاء صاحب التوقيع أو دون علمه أو اختلس التوقيع كرها أو غشا، فلا يجــوز الاختجاج به أو الدفع بعدم جواز إثبات عكسها بالبينة [٢]. وتنطبــق نفـس القاعدة على المحرر العرفي المعد للإثبات إذا شاب تسليمه إلـــى الدائــن عيب من عيوب الرضا أو تم تسليمها جبرا [٣].

الغصن الثانى

مدى حجية المحرر العرفي فى الإثبات

لبيان ما يتمتع به المحرر العرفي من حجية في الإثبـــات فانـــه يلزم التمييز بين حجيته بين أطرافه وبين حجيته بالنسبة للغير وذلك علـــى النحو التالي :

الغصين الأول

حجية المحرر العرفي فيما بين طرفية

الأصل أن المحرر العرفي ليس له حجية إلا إذا اعترف به صـــلحب التوقيع عليه صراحة بإقراره بصحة توقيعه عليها وضمنا بعـــدم إنكـــاره لتوقيعه صراحة أو ضمنا بمناقشة موضوع الورقة. و تقضىَ المادة ١٤/١ من قانون الإثبات في هذا الصدد بأن "*يعتبر المحرر العرفي صادرا ممن*

١- نقض مدني ١٩٧٨/٦/١٤ مجموعة الأحكام - س٢٩ - ص ١٤٦٧.

٢- بل أن اختلاس التوقيع على بياض يعد جريمة يعاقب عليها القانون ومن ثم لا يجوز توجيـــه اليمين الحاسمة بشأنها. ١٩٨١/٣/١٢ - س ٣١ - ص ٧٩٠.

٣- نقض ١٩٨٠/٣/٢٥ س٣١ -ص ٨٩٤ . ١٩٨٢/١٢/٢٨ -س ٣٢ - ص ٨٧٠.

وقعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء أو ختم أو بصمة". فالمحرر العرفي إذا له حجيته في الإثبات ما لم ينكر. و يرد الإنكار على التوقيع كقاعدة عامة كما يمكن أن ينصب على الخط في الحالات التي يتطلب القانون فيها أن تكون الورقة بخط صاحب التوقيع.

ويجب في إنكار التوقيع أو الخط حتى تفقد الورقة العرفية حجيتها في الإثبات أن يكون صريحا فإن اقتصر صاحب التوقيع على إنكار المدون بالورقة أو القول بأن التوقيع غير مقروء فلا يعتبر ذلك إنكارا وتبقى للورقة قوتها الكاملة في الإثبات. وفي هذا قضت محكمة النقض بأن ما قرره الطاعن من أن التوقيع على الإقرار غير مقروء لا يتضمن طعنا صريحا على هذا التوقيع ينفي صدوره عن الطاعن ، فإن الحكم المطعون فيه إذا اعتد بهذا الإقرار يكون قد التزم القانون [١]. وكذلك الأمر إذا كان الخصم قد ناقش موضوع المحرر العرفي، فلا يقبل منه بعد ذلك إنكار الخط أو الإمضاء أو الختم أو البصمة. وفي هذا قضت محكمة النقض بأنه إذا كان الثابت من أوراق الدعوى أن المطعون عليه قدم أمام محكمة أول درجة عقد صلح فقرر الحاضر عن الطاعن أنه لا يقره ولما حضر الطاعن شخصيا قال أن هذا المحضر خاص بتنازل عن شكوى الشرطة مما مفاده التسليم بصحة هذا المستند وصدوره منه فضلا عن عدم طعنه عليه بشيء أمام محكمة الاستئناف فإن المستند تبقى حجيته على الطاعن ولا يكون على محكمة الاستئناف فترتب في تعويلها عليه [٢].

وتضيف الفقرة الثانية من المادة ١٤ من قانون الإثبات أنة "*أما الوارث أو الخلف فلا يطلب منه الإنكار ويكفي أن يحلف يمينا بأنه لا يعلم أن*

١- نقض ١٩٦٧/٦/٧ مجموعة أحكام النقض- س٢٧ - ص ١٢٨٥.

٢- نقض ١٩٧٧/١٢/٢٩ مجموعة أحكام - س٢٨ - ص ١٩١١- نقض ١٩٧٠/١٢/٨ -س ٢٠ - ص ١١٩٨ ، ١٩٨١/٦/٥ - س٣١ - ص ٩١٠.

الخط أو الإمضاء أو الختم أو البصمة هي لمن تلقى عنه الحق". فإنكار الخط أو التوقيع لا يكون مقبولا إلا من المنسوب إليه الخط أو التوقيع فإن كان وارثا أو خلفا وأراد إنكار حجية الورقة العرفية المنسوبة إلى سلفه فعليه أن يحلف يمينا بأنه لا يعلم أن الخط أو الإمضاء أو الختم أو البصمة هي لمن تلقى عنه الحق.

و يفقد المحرر العرفي حجيته مؤقتا إذا تم إنكار التوقيع أو الخط على الوجه المتقدم، ويكون على المتمسك بها أن يقيم الدليل على صحتها بإتباع الطريق الذي رسمه القانون . إلا إذا وجدت محكمة الموضوع في وقائع الدعوى ومستنداتها ما يكفى لتكوين عقيدتها فى شأن صحة الخط أو الإمضاء أو الختم ، فلها ألا تتقيد بهذا الإنكار [١]. أما إذا رأت غير ذلك وكان المحرر منتجا فى الدعوى كان لها أن تأمر بالتحقيق وفقا للإجراءات المحددة.

الغصين الثاني

نطاق حجية المحرر العرفي

متى ثبت نسبه المحرر العرفي إلى صاحب التوقيع سواء باعترافه بذلك صراحة أو ضمنا أو بثبوت ذلك بعد إنكارها يكون حجة على موقعه بكل بياناتها وتكون دليلا كاملا على محتوياتها بما فى ذلك تاريخها وعلى من يدعى عكس أي من هذه البيانات إقامة الدليل عليه بالكتابة إعمالا للقواعد العامة [٢]. وعلى ذلك فإن الاعتراف بالتوقيع أو بثبوت صحة نسبته

١- نقض ١٩٨٠/٣/١ - س٣١ - ص ٦٧٧ ، ١٩٧٤/٣/٢٦ - س٢٥ - ص ٥٧٥. علما بان الورقة العرفية المعرف بها أو التي يثبت قضائيا صحة صدورها يعتبر في قوة الورقة الرسمية في الإثبات ومن ثم لا يجوز إثبات عكسها إلا بالطعن بتزويرها . د. السنهوري : الوسيط ج٢ ـ ص ٢٥٦ .

إلى الشخص لا يمنع من المنازعة فى مضمون الورقة ومحتواها بـــالطعن بصورية التصرف أو ببطلانه بوجود عيب من عيوب الرضا أو بصوريـــة التاريخ، ولكن على من يدعى هذه المنازعة من أطراف الورقة العرفية أن يقيم الدليل عليها كتابة إعمالا للقاعدة القائلة بعدم جواز إثبات ما يخـــالف الكتابة أو يجاوزها إلا بالكتابة. فإذا كان المحرر العرفي مثبتا لعقــد بيــع صدر من شخص إلى آخر ونص فى العقد على أن البائع قبض الثمن فـإن البائع يستطيع – رغم اعترافه بصدور السند منه – أن يطعن فى هذا العقد بالصورية أو أن يثبت أنه لم يقبض الثمن ولكنه لن يستطيع إثبات ذلـك إلا بدليل كتابي هو عادة ورقة الضد ويلاحظ فى هذا الخصوص أن ما يسرى على المتعاقدين بالنسبة لحجية الأوراق العرفية يسرى أيضا على خلفـــهم العام، فالورثة لا يعتبرون من الغير بالنسبة لحجية الأوراق العرفية عليـهم بكل بياناتها بما فيها التاريخ ولو لم يكن تاريخا ثابتا [١]. هذا من ناحية أمـا الأخرى فإن هذه الحجية لا تكون إلا لأصل الأوراق العرفيـــة الموقعـــة، فالأصل أن صورة هذه الأوراق ليست لها حجية ولا قيمة فى الإثبات. إلا بمقدار ما تهدى إلى الأصل إذا كان موجودا فيرجع إليه. أما إذا لم يكـــن موجودا فلا سبيل للاحتجاج بها إذ هي لا تحمل توقيعا لمن صدرت منه[٢].

الغصين الثالث

حجية المحرر العرفي بالنسبة للغير

يتحدد معنى الغير فى ثبوت التاريخ وفقا للمادة ١٥ من قانون الإثبـات على ضوء الحكمة التي من أجلها اشترط المشرع أن يكون تاريخ المحرر العرفي ثابتا حتى يمكن الاحتجاج به على الغير، هذه الحكمة هي حمايـــة

١- نقض ١٩٨٢/٢/٢٥ طعن رقم ١٣٦٩ لسنة ٤٨ق ، ١٩٧١/٤/٢ س٢٢ـص ٥٠٦.

٢ـنقض ١٩٨٣/٣/٢٠ طعن رقم ٤١٣ لسنة ٤٩ق ، ٨٣/١/٣٠ طعن ٧١ لسنة ٥١ق .

٢٨٥- د. السنهورى : الوسيط ج٢ـص ٢٦٥ ، د. نبيلة رسلان : العلاقات القانونية الثلاثية فـي القانون المصري ط ١٩٨٥،

الغير من خطر تقديم المحرر العرفي ، وعلى هذا لا يقصد بالغير هنا كل شخص أجنبي عن التصرف المدون فى المحرر العرفي ، وإنما يقصد به " كل شخص يحتج عليه بالمحرر العرفي ويضار فى حق تلقاه من أحد طرفي المحرر أو بمقتضى نص فى القانون إذا ثبت صحة تاريخه فى مواجهته " . وهو بوجه عام الخلف العام والخلف الخاص والدائن [1]. وفى شأن تحديد حجية الأوراق العرفية بالنسبة إلى الغير نفرق فى هذا الصدد بين حجية تاريخ الورقة العرفية بالنسبة إلى الغير وبين حجية سائر البيانات الأخرى .

أولاً – حجية بيانات المحرر العرفي عدا تاريخه :

متى استجمع المحرر العرفى شرائط صحته فانه يكون حجة بما دون فيه سواء بالنسبة للأطراف أو الغير. ولا يجوز للغير أن ينقض هذه الحجية بإنكار توقيع من تنسب إليه الورقة لأن هذا ليس شأن الغير، ولكن إن أراد هذا الغير أن ينفى حجية الورقة العرفية ويثبت عكس ما جاء بها بأن أراد أن يثبت صوريتها مثلا كان عليه إقامة الدليل على ما يدعيه وبطرق الإثبات كافة ، على أساس أن التصرفات الصادرة من غيره يعتبر واقعة مادية بالنسبة له يجوز إثبات عكسها بكل الطرق ومنها الشهادة والقرائن. وقد قضت محكمة النقض بأن الشفعاء يعتبرون من طبقة الغير بالنسبة لعقد البيع المبرم بين المشترين والبائعين فيجوز لهم إثبات صورية ذلك العقد بجميع الطرق ومن بينها البينة والقرائن ، أخذا بأن الصورية بالنسبة للغير تعتبر واقعة مادية لا تصرفا قانونيا وذلك سواء وصف ذلك العقد بأنه بيع أو هبة مستترة فى صورة عقد بيع [2].

١- نقض مدني ١٩٧٠/٤/١٤ مجموعة أحكام النقض – س٢١ – ص ٦٠٨.

ثانيا – حجية تاريخ المحرر العرفي :

إذا كان تاريخ المحرر العرفي يكون حجه على طرفية فانه لا يكون كذلك بالنسبة للغير إلا إذا كان المحرر ثابت التاريخ. و بشأن ذلك تقضى المادة ١٥ من قانون الإثبات بأنه "*لا يكون المحرر العرفي حجة على الغير في تاريخه إلا منذ أن يكون له تاريخ ثابت*". و ترجع حكمة هذا الحكم إلى الرغبة في منع تواطؤ أطراف المحرر العرفي على الإضرار بالغير من خلال العبث بتاريخ المحرر فقد يقدمانه حتى لا يقع التصرف فى مرض الموت وبالتالي لا يمكن الطعن عليه لهذا السبب أو يؤخرانه إلى ما بعد بلوغ سن الرشد حتى لا يطعن عليه بسبب نقص الأهلية.

طرق إثبات التاريخ:

وفقا للمادة ١٥ من قانون الإثبات فان طرق إثبات تاريخ المحرر العرفي فى مواجهة الغير هي :

١-قيد المحرر فى السجل المعد لذلك :

يتمثل الطريق المعتاد لثبوت تاريخ المحرر العرفي في قيده فى سجل خاص معد لذلك فى مكاتب التوثيق تدرج فيه البيانات الخاصة بهذا المحرر وملخص له يوقعهُ الموثق وصاحب الشأن ثم يكتب محضر على المحرر يبين فيه تاريخ تقديمه ورقمه فى السجل ويختم بخاتم المكتب ويوقعه الموثق. وتاريخ هذا المحضر يعتبر تاريخا ثابتا للمحرر. كذلك يتحقق قيد المحرر إذا كان من المحررات واجبة الشهر فيصبح ثابت التاريخ من وقت حدوث الشهر . كما يتحقق القيد أيضا فى حالة التصديق على التوقيع لأن المحررات التي يصدق على التوقيع فيها تدون فى سجل خاص معد لذلك [١].

١- لا يشترط أن يكون إثبات التاريخ لدى مأمورية معينة . نقض مدني ١٩٨٢/١٢/٣٠ طعن رقم ١٠٥٧ لسنة ٥٢ق .

٢-إثبات مضمون المحرر فى ورقة أخرى ثابتة التاريخ :

قد يذكر مضمون محرر عرفي فى ورقة ثابتة التاريخ كمحرر رسمي أو محرر عرفي ثبت تاريخه بإحدى طرق ثبوت التاريخ وعندئذ يكسب المحرر العرفي تاريخا ثابتا هو تاريخ الورقة الأخرى الثابتة التاريخ. وإنما يجب أن يكون مضمون المحرر العرفي – المشار إليه فى الورقة ثابتة التاريخ – شاملا للبيانات اللازمة لتعيين هذا المحرر وتميزه عن غيره.

٣-التأشير على المحرر من موظف عام مختص :

إذا تم تقديم المحرر العرفي إلى موظف عام أثناء تأدية وظيفته فيؤشر عليه بما يفيد تقديمه ويكتب تاريخا لذلك فيكون هذا التاريخ تاريخا ثابتا للمحرر العرفي. مثال ذلك أن يقدم محرر عرفي فى قضية فيؤشر عليه القاضي أو كاتب الجلسة بما يفيد تقديمه أو أن يقدم عقد إلى محصل الرسوم فيؤشر عليه بما يفيد تحصيل الرسم المستحق. وبالنسبة للمراسلات المسجلة فإن ختم مصلحة البريد يعتبر تاريخا ثابتا لها إذا كانت الرسالة تذكرة مكشوفة أو غير منفصلة عن الظرف لأنه يمكن التثبت من هذا التاريخ بالرجوع إلى السجلات التي تدون فيها المراسلات المسجلة. أما المراسلات غير المسجلة فلا يكسبها الختم تاريخا ثابتا لأنه لا يمكن التثبت منه بالرجوع إلى السجلات الرسمية.

٤-وجود خط أو توقيع لشخص توفى أو أصابه عجز جسماني :

إذا تضمن المحرر العرفي خط أو توقيع شخص توفى أو أصابه عجز جسماني يمنعه من الكتابة فإن ذلك يكون قاطع الدلالة على صدور المحرر قبل الوفاة أو العجز الجسماني وبالتالي يعتبر تاريخ الوفاة أو

العجز تاريخا ثابتا للمحرر. ولا يشترط أن يكون الموقع علـــى المحـــرر طرفا في التصرف المدون فيه بل يكفي توقيعه شاهدا أو ضامنـــا [١]. وإذا كان المحرر من الأوراق التي يشترط فيها التوقيع فلا يكفي مجرد وجـــود خط للمتوفى عليها إذا كان التوقيع قد تم من غير صـــاحب الخـــط. فقـــد يحدث أن يكتب المحرر ثم يتوفى كاتبه أو يصيبه عجـــز جســـماني قبـــل توقيعه فلا يعتبر تاريخ الوفاة أو العجز تاريخا ثابتا للمحرر لأن المحـــرر لا قيمة له بدون توقيع. وأما بالنسبة للختم فيجوز أن يكون التوقيع به قـــد تم بعد وفاة صاحبه، ولذلك لا يلزم أن يثبت تاريخ المحرر من يوم وفـــاة صاحب الختم، بل يجوز إثبات أن التوقيع بالختم قد تم بعد وفاة صاحبـــه. وهذه مسألة تقدرها محكمة الموضوع وفق ما تراه من ظروف الدعوى.

هذه هي الطرق التي يثبت بها التاريخ والتي ذكرتها المادة ١٥ من قـــانون الإثبات. إلا أن هذه الطرق لم ترد على سبيل الحصر لأن المادة المذكورة بعد أن عددت هذه الطرق أضافت أن تاريخ المحرر يكون ثابتا من يـــوم وقوع أي حادث آخر يكون قاطعا في أن الورقة قد صدرت قبل وقوعـــه. وعلى ذلك يستطيع القاضي أن يعتبر تاريخ المحرر العرفي ثابتا إذا أمكـن إرجاعه إلى واقعة قاطعة الدلالة على ذلك، حتى ولو لم تكن من الوقـــائع التي ذكرتها المادة ١٥ من قانون الإثبات لثبوت التاريخ.

وجدير بالتنويه أن تاريخ الوقائع التي تؤدى إلى ثبوت تاريخ ورقة عرفية يجب أن يكون ثابتا إما بوجه رسمي وإما باعتراف الخصوم بـــه أو التحقق من صحته طبقا للقواعد العامة. ومن ناحية أخرى فإن هذا التـــاريخ الثابت للمحرر العرفي ولو كان تاريخا عرفيا سابقا على ذلك التاريخ.

١- قضت محكمة النقض " ثبوت تاريخ العقد بتوقيع شاهد متوفى عليه بختمه لا ينفى تزويـــره، ذلك أن التوقيع بختم شخص بعد وفاته أمر ممكن لعدم التصـــاق الختـــم بصاحبـــه " . نقـــض ١٩٧٠/٢/٢٦ مجموعة أحكام - س ٢١ - ص٣٢٢.

وإذا لم يكن تاريخ الورقة العرفية ثابتا بإحدى الوقائع المتقدمة التي تقطع بصحته فلا تكون له أية حجية قبل الغير بل إنه يعتبر غير موجود ولا يكلف هذا الغير بأن ينازع فى تاريخها وإنما يكفيه التمسك بعدم ثبوته حتى تعتبر أنها بلا تاريخ ويكون على المتمسك بالورقة إثبات صحة التاريخ.

الغصين الرابع

حجية صور المحرر العرفي

القاعدة هي أن صور المحرر العرفي لا حجية لها في الإثبات ذلك أن الصورة هي نسخة تنقل من المحرر الأصلي وتكون خالية من التوقيع. والمحررات العرفية تستمد قوتها من توقيع ذوى الشأن عليها، وبما أن الصورة لا تحمل توقيعا فلا تكون لها حجية ما ، إلا إذا كانت الصورة مكتوبة بخط المدين فإنها تكون صالحة لاعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة [١].

على أنه إذا كان الأصل أن صور المحررات العرفية لا حجية لها في الإثبات إلا أن هناك نوعا من المحررات العرفية كان ينبغي على المشرع أن يجعل للصورة قوة في الإثبات وهذه هي المحررات العرفية المسجلة إذ تقضى قواعد الشهر بأن تحفظ صورة فوتوغرافية لذوى الشأن. في هذه الحالة يكون للصورة المأخوذة عن الأصل حجية [٢] إذا لم

١- قضت محكمة النقض بأنه " إذا كان الطاعنون قد استندوا في دفاعهم إلى صورة فوتوغرافيه من عقد فلا تثريب على المحكمة إن هي التفتت عن هذه الورقة " . نقض ١٩٧٨/١/٢٤ مجموعة أحكام س٢٩ ص٢٨٠ .

٢ - د. عبد الودود يحيى : الإثبات ص٦٠ ، وقد قضت محكمة النقض بأنه " لا حجية لصور الأوراق العرفية إلا بمقدار ما تهدى إلى الأصل إذا كان موجودا فيرجع إليه كدليل للإثبات أما إذا كان الأصل غير موجود فلا سبيل للاحتجاج بالصورة إذ هي لا تحمل توقيع من صدرت منه، والتوقيع بالإمضاء أو بصمة الختم أو بصمة الإصبع هي شرط لإضفاء الحجية على الأوراق العرفية " . نقض ١٩٧٧/٣/٢٨ مجموعة أحكام س٢٨ ص٨٠٢.

ينازع فيها ، وإذا نوزع فيها أمكن مراجعتها على الأصل ، وإذا كان الأصل قد فقد فإن الصورة في هذه الحالة تكون لها حجية الأصل أو على الأقل تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة [١].

الغصين الخامس
معنى الغير في ثبوت التاريخ

يستلزم المشرع ثبوت تاريخ المحرر العرفي للاحتجاج بها على الغير حمايته من خطر تقديم التاريخ أو تأخيره. وعلى ذلك فإن تحديد معنى الغير هنا لابد أن يكون في ضوء هذه الحكمة. ومقتضى ذلك أن يكون الغير في هذا الخصوص هو كل من يحتج عليه بالورقة العرفية دون أن يمثل فيها. ويترتب على ثبوت صحة تاريخها أن يلحقه ضرر في حق تلقاه من أحد أطرافها أو من القانون مباشرة. ويؤدى هذا استبعاد كل من كان طرفا في الورقة بشخصه أو بنائبه من مفهوم الغير [٢]. ويخرج من هذا المفهوم أيضا الخلف العام لأي من أطراف المحرر، كالورثة و بعض من الخلف الخاص الذين لا يضارون بسبب تقديم أو تأخير تصرفات سلفهم، مثل الدائنين العاديين فليس لهم إلا حق الضمان العام على أموال مدينهم وكذلك كل من كان له توقيع على الورقة مثل الضامن أو الشاهد.

١- د. السنهوري : الوسيط ج٢ - ص ٢٧٥ ؛ د. سليمان مرقس : أصول - ص ٢٤٧. نقض مدني ١٩٧٨/٣/١٥ - س ٢٩ - ص ٧٦٢.

٢- نقض مدني ١٩٨٢/٢/٢٥ طعن رقم ١٣٦٩ لسنة ٤٨ ق .

ومما سبق يبين لنا أن معنى الغير بالنسبة لثبوت تـــاريخ المحـــرر العرفي يشمل طائفة من الخلف الخاص الذين يتوافر فيهم المعنى المتقـــدم وهم :

أولا : **الخلف الخاص :**

و يقصد بالخلف الخاص كل من يكتسب من السلف حقا معينا بـــالذات فهؤلاء يدخلون في عداد الغير بالنسبة لتاريخ المحررات العرفية الصـــادرة من سلفه والتي تتولد عنها حقوق تتعارض مع الحق الذي تلقاه عن ســـلفه. ولا بد لكي تسرى عليه تصرفات الســـلف أن تكـــون ثابتـــة التـــاريخ [1]. فمشترى المنقول مثلا خلف خاص للبائع. فإذا باعه صاحبه إلـــى مشـــتر آخر فإن هذا البيع الثاني لا يحتج به على المشترى الأول إلا إذا كان لـــه تاريخ ثابت. وقد يحدث أن يتواطأ البائع مع المشـــترى الثـــاني فيقدمـــان تاريخ العقد إضرارا بالمشترى الأول ولذلك يلزم ثبوت التاريخ في البيـــع الثاني حماية للمشترى الأول من تواطؤهما. وكذلك المحال له خلف خاص للمحيل ، فلا يحتج عليه بحوالة أخرى صادرة من المحيـــل إلا إذا كـــانت هذه الحوالة الثانية ثابتة التاريخ . فإذا تمت الحوالة بقبول المدين لها فـــلا تكون نافذة على الغير إلا إذا كان تاريخ هذا القبول ثابتا.

ثانيا : الدائنون العاديين الذين اتخذوا إجراءا من شأنه أنه يتعلق حقـــهم بمال معين من أموال المدين وهم :-

١ - **الدائن الحاجز :** يعتبر الدائن الحاجز من الغير بشأن ثبوت تـــاريخ المحرر العرفي سواء كان حاجزا على منقولات لمدينه أو على ما لمدينـــه لدى الغير و ذلك بالنسبة للتصرفات التي تتخذ بشأن المال المحجوز بحيث

---

١ - استثنى المشرع عقود إيجار الأماكن المعدة للسكنى بموجب المادة ٣٠ من القانون ٤٩ لســنة ١٩٧٧ والذي نص على سريان عقود الإيجار القائمة على المالك الجديد للعقار ولو لم يكن لسـند الإيجار تاريخ ثابت بوجه رسمي سابق على تاريخ انتقال الملكية.

لا يحتج عليه بهذه التصرفات إلا ما كان منها لها تاريخ ثابت سابق على الحجز، وكذلك الأمر بالنسبة لمن اتخذ إجراءات التنفيذ على العقار أو تدخل في الحجز فلا تسري عليهم التصرفات المتعلقة بالعين المحجوزة إلا ما كان منها ثابت التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية [1]. وإذا حصل تزاحم بين الدائنين على المال المحجوز فإن كلا منهم يعتبر من الغير بالنسبة إلى الآخر، فمن يدعى حق التقدم على غيره في استيفاء حقه من ثمن المال لا يحتج بالورقة العرفية التي تثبت حقه إلا إذا كان لها تاريخ سابق على تاريخ حق الدائن الآخر.

٢- الدائن الذي يطعن في تصرف صادر من مدينه بالدعوى البوليصية :

يعتبر هذا الدائن من الغير بالنسبة للتصرف المطعون علية بعدم النفاذ إذ أن من شروط قبول دعوى عدم النفاذ (البوليصية) أن يكون دين الدائن سابقا على التصرف الذي يطعن فيه، ومعنى هذا أنه إذا لم يكن تاريخ التصرف ثابتا وسابقا على الدين فلا يحتج بهذا التصرف على الدائن.

٣- دائنو المفلس بالنسبة لتصرفاته المدنية :

تشمل هذه الطائفة دائنو التاجر المفلس حيث لا تنفذ في حقهم تصرفاته المدنية إلا إذا كانت ثابتة التاريخ قبل شهر الإفلاس [2]. وكذا دائنو المعسر بالنسبة لتصرفاته التي تزيد من التزاماته أو تنقص من حقوقه أو ما يقوم به من وفاء، فلا تكون نافذة قبلهم إلا إذا كانت ثابتة التاريخ قبل شهر الإعسار.

١- نقض ١٩٨٠/١٢/٢٢ س٣١ ص ٨٩١ ، د. سليمان مرقس : أصول ص ٢٥٤ ، د. عبد المنعم الصدة : الإثبات ص ١٤٦ ، عكس ذلك د. السنهوري : الوسيط ج٢ ص ٢٧٢ .

الغصين السادس

الشروط الواجب توافرها في الغير

حتى يتمسك الغير بقاعدة وجوب ثبوت تاريخ المحرر العرفي حتى يكون حجة علية فانه يلزم توافر الشروط الآتية في هذا الغير:

الشرط الأول : أن يكون داخلا في المعنى الخاص للغير بمعنى ألا يكون طرفا في المحرر بشخصه أو نائبه أو له توقيع عليه أو خلفا عاما أو دائنا عاديا لأحد أطرافه.

الشرط الثاني : أن تكون له مصلحة في التمسك بعدم ثبوت تاريخ التصرف و ذلك كما لو كان حقه متناقضا مع حق المتمسك بالورقة العرفية.

الشرط الثالث : أن يكون حق الغير ثابت التاريخ حتى يمكن تحديد الأسبقية.

الشرط الرابع :أن يكون هذا الغير حسن النية، فإن كان سيئها بأن كان عالما بحصول التصرف فليس له أن يتمسك بهذه القاعدة.

الشرط الخامس : أن يتمسك الغير بهذه القاعدة، ذلك لأن قاعدة ثبوت التاريخ ليست من النظام العام وإنما وضعت لحماية الغير وعليه فلابد أن يتمسك بها من وضعت لمصلحته ، فإذا لم يتمسك بها فإنه يكون قد نزل عنها [١].

١- نقض ١٩٧٧/٢/٩ - س٢٨ - ص ٤٠٠ ، وقارن نقض ١٩٨٠/٤/٢١ - س٣٠ - ص ٥٨٠ . وراجع د . الصدة : الإثبات - ص ١٤٤ وما بعدها .

الغصين السابع

الاستثناءات من قاعدة ثبوت التاريخ

خروجا على قاعدة وجوب ثبوت تاريخ المحرر العرفي لنفاذة في حق الغير فانه لا يلزم ثبوت التاريخ في الحالات الآتية :

الحالة الأولى : إذا كانت هناك محررات عرفية ولكنها ليست دليلا كاملا، بل إنها تستخدم فقط كمبدأ ثبوت بالكتابة. ففي هذه الحالة لا يشترط ثبوت التاريخ ليكون المحرر حجة على الغير . والواقع أن مبدأ الثبوت بالكتابة غالبا ما يكون ورقة لم تعد مقدما للإثبات .

الحالة الثانية : إذا كان القانون لا يستلزم الكتابة للإثبات إذ لا يستلزم ثبوت التاريخ من باب أولى وذلك هو الشأن بالنسبة للمسائل التجارية حيث يجوز الإثبات في الأصل بشهادة الشهود والقرائن، فإذا وجدت محررات عرفية اتخذت دليلا كتابيا فلا يشترط أن يكون تاريخها ثابتا حتى تكون حجة على الغير. ويتحقق هذا أيضا في حالات أخرى كما هو الحال بالنسبة للمحررات المعدة لإثبات تصرف لا تزيد قيمته على خمسمائة جنيه. وذلك أن الإثبات الكتابي في هذه الحالة غير واجب، ويكون الإثبات بشهادة الشهود والقرائن. فإذا ما وجدت محررات عرفية فلا يشترط فيها ثبوت التاريخ حتى تكون حجة على الغير .

الحالة الثالثة: بالنسبة للمخالصات : وردت هذه الحالة بالمادة ٢/١٥ من قانون الإثبات التي تقرر في هذا الشأن أنه "*ومع ذلك يجوز للقاضي تبعا للظروف ألا يطبق حكم هذه المادة على المخالصات*". فبعد أن استلزم المشرع ثبوت التاريخ للاحتجاج بالمحررات العرفية على الغير، استثنى من ذلك المخالصات. وقد راعى النص في ذلك ما تقضي به الضرورات العملية ودفع الحرج والتيسير على الناس فلم تجر العادة بإثبات تاريخ المخالصات باعتبار أنها عمليات بسيطة كثيرة الوقوع.

وقد ترك المشرع تقدير الأمر للقاضي، فإن رأى أن هناك صعوبات عملية تمنع من توافر التاريخ الثابت لم يطلبه وإلا استلزم فيها التاريخ الثابت كغيرها من المحررات العرفية. ولهذا الاستثناء ما يبرره بالنسبة للمخالصات العادية التي تتضمن وفاء عاديا وذلك لدفع الحرج والتيسير على الناس ولكنه ليس له ما يبرره في المخالصات التي ترتب حقا في الحلول، إذ لا يقتصر الأمر بالنسبة لها على إثبات الوفاء، ولكنها تتضمن علاوة على ذلك حلول الموفى محل الدائن فيما لهذا الأخير من حق ، وبالحالة التي كان عليها [١].

الفرع الثانى

المحررات العرفية غير المعدة للإثبات

مفهومها وأنواعها :

يقصد بالمحررات العرفية غير المعدة للإثبات تلك الأوراق التي لا يتم إعدادها مسبقا لإثبات تصرفات قانونية و رغم ذلك فهي تحظى بقيمة ما في الإثبات، قد تصل لأن تكون دليلا كاملا كالرسائل الموقعة وقد لا تصل إلى هذه القيمة ومع ذلك يمكن الاستئناس بها . وقد تكون هذه الأوراق أو المحّررات موقعة و الغالب أنها لا تكون كذلك.

و تتمثل المحررات أو الأوراق غير المعدة للإثبات في الرسائل والبرقيات و دفاتر التجار والدفاتر والأوراق المنزلية والتأشير على سند الدين بما يفيد براءة ذمة المدين .

أول : الرسائل والبرقيات :

تتمتع الرسالة الموقعة بالحجية المقررة للمحرر العرفي حيث أن الرسالة هى بالفعل ورقة عرفية طالما كانت موقعة وعلى ذلك فهي حجة

١- انظر المادة ٣٢٧ مدني ، وانظر كذلك : الأعمال التحضيرية ج٣ -ص ٢٧٤-٣٧٥ .

على من وقعها إذا لم ينكر توقيعه عليها وتأخذ البرقيات الحكم ذاتـــه إذا كان أصلها المودع في مكتب التصدير موقع عليه من مرسلها [١]. وتعتـــبر البرقية مطابقة لأصلها المودع حتى يقوم الدليل العكس، وإذا كان أصـــل البرقية قد أعدم فلا تكون لها حجية إلا لمجرد الاستئناس.

وإذا لم تكن الرسالة موقعة جاز اعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة متـــى كانت بخط من يحتج عليه بها. ومتى كانت الرسالة أو البرقية موقعة فإنها تأخذ كل أحكام المحررات العرفية الكاملة باعتبارها دليـــلا كـــاملا منـــها ثبوت التاريخ. وعلى ذلك تكون حجة على مرسلها بصدورها وســـلامتها المادية ما لم ينكرها، وتكون حجة بحقيقة المدون بها ما لم يثبـــت عكســـه بالطرق المقررة قانونا فإن كان تصرفا قانونيا فلا يجوز إثبات ما يخالفـــه إلا بالكتابة. ويحق للمرسل إليه أو خلف العام التمسك بالرسالة أو البرقيـــة الموقعة كحجة على مرسلها أو خلفه العام أو الخاص شـــريطة ألا يكـــون تقديمها للقضاء يشكل انتهاكا لحرمة السرية التي حظر القانون أو المرســـل إفشائها [٢] ، فيكون للمرسل حينئذ طلب استبعادها إلا إذا تنازل عن ذلـــك صراحة أو ضمنا [٣].

١- د. عبد المنعم الصدة : الإثبات ص ١٦١ وما بعدها- الديناصوري وعكاز : التعليق ص ٧٨ وما بعدها . د/ سليمان مرقس : أصول ص ٤١٧ .

٢- وقد قضت محكمة النقض بان الحرمة السرية التي كنفتها المادة ٤٥ من الدستور للمراسلات البريدية إنما تنصرف إلى تلك الرسائل حال وجودها لدى هيئة البريد أما بعد وصولها وتسـليمها للمرسل إليه فانه يحق له وللغير الاستناد إليها والاستدلال بها إلا إذا انطوت على أسرار حظـــر القانون أو المرسل إفشاءها . نقض مدني ١٩٨٠/٥/٢٦ - س ٣٠ - ص ١١٢٠.

٣- الديناصوري وعكاز . التعليق - ص ٥٩ . د/ سليمان مرقس - ص ٤٢٥. ويلاحـــظ أن السرية يتضاءل نطاقها بين الزوجين وعلى هذا يمكن للزوج الاحتجاج على الزوجة بالرســـائل المتبادلة بينها وبين شريكها في الزنا ولو حصل عليها خلسة.

ويجوز لغير المرسل إليه أن يتمسك بالرسالة أو البرقية طالما كانت له مصلحة مشروعة في التمسك بها كما لو تضمنت الرسالة إقرارا من المرسل يفيده أو اشتراطا لمصلحته وذلك إذا كان الغير قد حصل على الرسالة بطريق مشروع [١]، وكان المرسل إليه قد أذن للغير بتقديمها للقضاء ، وكانت الرسالة أو البرقية خالية من السرية [٢]. وتمسك الغير بالرسالة يخضع لتقدير القاضي فله أن يعتبرها دليلا كاملا أو مبدأ ثبوت بالكتابة أو مجرد قرينة أو لا يأخذ بها أصلا.

ثانيا : الدفاتر والأوراق المنزلية:

و نعنى بهذا النوع من الأوراق المذكرات التي يقوم الناس بتدوينها في شأنهم الخاص سواء كانت في صورة دفاتر حسابات أم أجندات أم كانت أوراقا ومذكرات متفرقة. وحيث أن الناس غير ملزمين بإمساكها أو بإتباع إجراءات معينة في تدوين البيانات التي تكتب فيها كما هو الحال بالنسبة للدفاتر التجارية. فإنه لا يعطى لها نفس القيمة التي تعطى للدفاتر التجارية. ومع ذلك فإن القانون يجعل لها حجية في بعض الأحيان. والقاعدة أنها لا تعتبر حجة لصاحبها. إذ المعلوم أن الشخص لا يستطيع أن يصطنع دليلا لنفسه. ولكن قد يستخلص القضاء منها في بعض الأحيان قرينة قضائية. ومن ذلك ما جرى عليه العمل من الاعتداد بمذكرات الطبيب الخاصة التي يدون فيها زياراته لمرضاه على نحو منظم

١- إذا كانت الرسالة مشتركة بين المرسل إليه والغير كان للأخير أن يقدمها إلى القضاء دون إذن الأول متى كان حصوله عليها بطريق مشروع . راجع د. الصدة - ص ١٦٤ - الديناصورى وعكاز : التعليق - ص ٨٠.

٢- المواد الأولى وما بعدها من قانون الدفاتر التجارية المصرية رقم ٣٨٨ لسنة ١٩٥٣ . والمعدل بالقانون ٥٨ لسنة ١٩٥٤ - المواد الأولى وما بعدها من قانون الدفاتر التجارية المصرية رقم ٣٨٨ لسنة ١٩٥٣ والمعدل بالقانون ٥٨ لسنة ١٩٥٤ - المادة ٢/١٧ من قانون الإثبات.

في تأييد دعوى الطبيب على أحد المرضى عند المطالبة بأتعابه ، ولو فيما يجاوز نصاب الإثبات بشهادة الشهود ، لقيام المانع الأدبي من الحصول على كتابة . وعلى ذلك فلا يوجد هناك ما يمنع القاضي من الاعتداد بالدفاتر والأوراق المنزلية باعتبارها قرائن أخرى أو عناصر أدلة أخرى سبق تقديمها وفقا للقواعد العامة بشأن الإثبات بالقرائن [١] على أن القرينة المستمدة من الأوراق والمذكرات الخاصة في هذه الحالة قد يؤخذ بها كما أنها تقبل إثبات العكس [٢].

وقد تكون الأوراق المنزلية حجة على من صدرت منه وإذا كانت القاعدة أنه لا يجوز أن يجبر الشخص على تقديم دليل ضد نفسه، فإنه إذا كانت الأوراق مشتركة بين من وجدت تحت يده وبين خصمه يكون للخصم أن يجبر من كانت تحت يده على تقديمها [٣] وذلك كما هو الحال في التركات. وإذا ما قدمت الأوراق المنزلية إلى القضاء كان له أمر تقديرها. فقد يعتبرها دليلاً كاملا إذا كانت تحمل توقيع صاحبها ولا تدع مجالا للشك في صحتها وقد يعتبرها مبدأ ثبوت بالكتابة وقد يستخلص منها قرائن. و يجعل القانون لتلك الأوراق حجية في حالتين تكون فيهما دليلا ضد من صدرت منه وهما [٤].

الحالة الأولى : إذا ذكر فيها صراحة أنه استوفى دينا.

الحالة الثانية : إذا ذكر صراحة أنه قصد بما دونه في هذه الأوراق أن تقوم مقام السند لمن أثبتت حقا لمصلحته.

١- انظر الأعمال التحضيرية للقانون المدني -ج٣ - ص ٣٦٨ .

٢- د. عبد المنعم الصدة : ص ١٨٧ ، د. سليمان مرقس : أصول- ص ٤٥٧ .

٣- انظر المادة ٢٠ من قانون الإثبات والمقابلة للمادة ٢٥٣ من قانون المرافعات الملغى .

٤- انظر المادة ١٨ من قانون الإثبات .

ولعلنا نلاحظ من هاتين الحالتين أنه يتعين أن يذكر صاحب الأوراق صراحة أنه استوفى دينا أو أنه قصد أن يعترف بدين عليه لا يوجد به سند في يد الدائن وأن الأوراق تقوم مقام السند واستلزم أن يذكر في الأوراق صراحة إثبات حصول استيفاء دين أو جعلها سندا لمن أثبت حقا لمصلحته تشدد يتطلبه القانون المصري. على أن الحجية التي يعطيها القانون للأوراق المنزلية في هذه الحالة ليست مطلقة وإنما يجوز لصاحب الأوراق التي يحتج بها عليه إثبات عكس ما جاء فيها دون التقيد بقاعدة عدم جواز إثبات ما يناقض أو يجاوز الكتابة إلا بالكتابة.

ثالثا : التأشير على السند بما يستفاد منه براءة ذمة المدين [١].

إذا قام المدين بالوفاء بالدين على دفعات فان الدائن يقوم عادة بالتأشير بهذا الوفاء دون أن يصدر عنه توقيع يفيد براءة ذمة المدين انتظارا للوفاء ببقية الدفعات. وهذا التأشير يعتبر قرينة على الوفاء وإن كان قرينة تقبل إثبات العكس. وقد يكون التأشير على سند في يد الدائن نفسه كما قد يكون التأشير في نسخة أصلية أخرى للسند أو في مخالصة تكون في يد المدين. ولذلك ينبغي التفرقة بين حالتين :

الحالة الأولى : التأشير على سند في يد الدائن :

في هذا الفرض يلزم أن يحصل تأشير على سند الدين ذاته بما يستفاد منه براءة ذمة المدين. ويكفى في هذا التأشير أية عبارة تفيد البراءة. إنما لا يلزم أن يكون التأشير موقعا من الدائن لأن التوقيع يجعله دليلا كاملا. و لا يشترط أن يكون التأشير بخط الدائن فقد يكون بخط الغير، لكن يشترط موافقة الدائن على التأشير ومضمونه في هذه الحالة. ولا يلزم كذلك أن يكون السند خاليا من المحو أو الشطب فقد يحتوى على محو أو شطب. ومع ذلك يمكن القول ببقاء القرينة قائمة ما لم يثبت الدائن

١- انظر المادة ١٩ إثبات وتقابل المادة ٣٩٩ الملغاة من القانون المدني.

أن المحو أو الشطب كان سبب توقع وفاء ولكنه لم يتم. ولابد في هذه الحالة أن يظل السند في يد الدائن فإذا خرج ولو لمدة وجيزة زالت القرينة. فإذا تم التأشير وظل السند في يد الدائن كان ذلك حجة عليه ولكنها حجية قابلة لإثبات العكس بكافة طرق الإثبات. وقد أوردت المذكرة الإيضاحية تطبيقا للحالة التي يمكن فيها دحض القرينة نظراً لأن التأشير لا يطابق الواقع وذلك في حالة ما إذا " سلم الدائن السند لوكيل فوضه في استيفاء الدين فهو يؤشر على السند بالتخالص قبل أن يسلمه لوكيله ويقوم هذا برده إليه بما سبق أن دون فيه من تأشيرات فيما إذا تخلف المدين عن الوفاء عند المطالبة [١] ". و قد يحدث ألا يتوافر الشرطان السابقان – شرط التأشير على السند ذاته وبقاء السند في يد الدائن – إلا أنه مع ذلك يمكن اعتبار التأشير مبدأ ثبوت بالكتابة إذا كان بخط الدائن [٢].

الحالة الثانية : **التأشير على سند أو مخالصة في يد المدين :**

يلزم في هذا الفرض أن يتم التأشير بخط الدائن على نسخة أصلية لسند أو على مخالصة ببراءة ذمة المدين. ووقوع التأشير على نسخة أصلية يفترض أن سند الدين قد كتب من نسختين سلمت إحداهما للدائن والأخرى للمدين. ولا يلزم في هذه الحالة أيضا أن يكون التأشير موقعا عليه من الدائن إنما يشترط هنا – خلافا للحالة السابقة – أن يكون التأشير بخط الدائن ذلك أن النسخة أو المخالصة تكون في يد المدين.

ويمكن أن يستكتب المدين شخصا آخر ما يفيد براءته. ويشترط لذلك ألا يكون هناك محو أو شطب وإلا زالت الحجية التي للتأشير لأنه لا يمكن أن يفهم من المحو إلا أن الوفاء لم يتم .

١- الأعمال التحضيرية للقانون المدني -ج٣ -ص٣٨٩ .

٢ انظر السنهوري : الوسيط -ج٢ - ص ٣٨٨.

على أنه إذا كان التأشير بخط الدائن يعتبر شرطا جوهريا في هذه الحالة فإنه يتعين كذلك أن تقع نسخة السند أو المخالصة في حيازة المدين حتى ولو خرجت من حيازته فيما بعد.

وإذا توافر الشرطان السابق بيانهما اعتبر التأشير دليلا كاملا ضد الدائن. إلا أن الدائن يستطيع أن يثبت عكس القرينة التي تقوم في هذه الحالة فيثبت أن ذمة المدين لا زالت مشغولة بالدين وله أن يثبت ذلك بكافة الطرق، فقد يسلم الدائن المخالصة لوكيل مفوض في استيفاء الدين مؤشرا عليها فإذا لم يدفع المدين كان من المفروض أن يرد الوكيل المخالصة إلى الموكل وهو الدائن، لكن قد يسلم الوكيل المخالصة للمدين ولا يستوفى منه الدين. فإذا عجز عن استرداد المخالصة فإنها تبقى في يد المدين دون أن تبرأ ذمته . فيجوز للدائن في هذه الحالة أن يثبت أنه رغم تأشيرة بخطه ببراءة ذمة المدين إلا أن المدين لم يقم بالوفاء. ويراعى أخيرا أنه إذا لم يتوافر الشرطان السابقان لقيام القرينة فإن من الممكن أن يكون التأشير مبدأ ثبوت بالكتابة متى كان بخط الدائن.

المطلب الثالث

إثبات صحة المحررات

بينا سلفا أن للمحررات التي يقدمها الخصوم في الدعاوى نوعان: محررات عرفية و أخرى رسمية. و المعروف أن المحررات العرفية تعتبر حجة على من صدرت منه ما لم ينكر ما هو منسوب إليه من توقيع أو بصمة أو ختم فإذا أنكر كان على من يتمسك بالمحرر أن يقيم الدليل على صحته عن طريق إجراءات تحقيق الخطوط.

أما المحررات الرسمية فهي حجة على الكافة إلى أن يطعن فيها بالتزوير. لذلك فإن إثبات صحة المحررات يشمل إجراءات تحقيق الخطوط وإجراءات الادعاء بالتزوير ونعرض لكل منهما.

الفرع الأول

تحقيق الخطوط

أولا : مفهوم تحقيق الخطوط ونطاقه :

لا يثار الحديث عن تحقيق الخطوط إلا عندما يتم إنكار الخط أو الختم أو الإمضاء أو بصمة الإصبع. والإنكار لا يرد إلا على الأوراق العرفية ويكون من ثم تحقيق الخطوط قاصرا على هذه الأوراق. و يتقرر الحق في طلب تحقيق الخطوط عادة لصالح من يشهد المحرر العرفي عليه. وقد يكون هذا الشخص هو من ينسب إليه المحرر سواء كان أصيلا فيها أو كان خلفا عاما أو خاصا لأحد أطرافها، إذ يكون لمن تشهد الورقة عليه أن ينكر توقيعه أو ختمه أو بصمة إصبعه حتى يسقط حجية هذه الورقة ويكون المورث من تشهد عليه الورقة أو خلفه العام أو الخاص أن يحلف يمينا بأنه لا يعلم أن الخط أو الإمضاء أو الختم أو البصمة هي لسلفه أي لمن تلقى الحق عنه. ويشترط في الإنكار حتى يكون مؤديا إلى إهدار حجية الورقة العرفية وبالتالي إلى تحقيق الخطوط أن يكون صريحا وقبل مناقشة موضوع المحرر، إذ متى تم مناقشة موضوع الورقة ممن تشهد عليه الورقة أو خلفه، عاما كان أو خاصا [١] فلا يحق له بعد ذلك الإنكار.

١- عكس ذلك د. أبو الوفا حيث يذهب إلى أن مناقشة الوارث أو الخلف لموضوع المحرر المنسوب إلى سلفه لا يسقط حقه في الطعن بالجهالة لأن هذه المناقشة لا تفيد تسليمه بصحة المحرر ونسبته إلى مورثه أو سلفه. د/أحمد أبو الوفا : التعليق على نصوص قانون الإثبات - ط -١٩٨٢ ص١١٤.

ومتى تم الإنكار على هذا النحو فقدت الورقة العرفية حجيتها في الإثبات مؤقتا، وكان على المتمسك بالورقة أن يختار بين أحد أمرين : إما أن ينزل عن التمسك بها ويطلب الفصل في الدعوى الأصلية بدونها أو ينزل كلية عن الدعوى ذاتها، وإما أن يتمسك بالورقة وفى هذه الحالة يجب إثبات صحة التوقيع عن طريق إجراء التحقيق ويقع عبء إثبات صحة توقيع الورقة بداهة على من تمسك بالورقة. وفى هذه الحالة ينطوي تمسكه بالورقة على طلب إجراء التحقيق في صحة الخط أو التوقيع وفى هذه الحالة يكون المتمسك بالورقة مدعيا في دعوى تحقيق الخطوط الفرعية حيث أنها متفرعة عن الدعوى الأصلية. وتتم هذه الدعوى ضد المدعى عليه في الدعوى الأصلية المنسوب إليه صدور الورقة، وذلك إذا ما أمر القاضي بالتحقيق إذ أن القاضي يملك أن يرفض الأمر بالتحقيق لإثبات صحة الورقة فقد لا تكون منتجة في النزاع [1]. وإذا تمسك الخصم بالمحرر فانه يتم الإحالة على التحقيق لإثبات صحة الورقة و يجب اتباع الإجراءات التى وضعها في هذا الخصوص سواء تم ذلك بصفة فرعية أي أثناء نظر الدعوى الأصلية أو بصفة أصلية. ويطلق على الطريق الأول دعوى تحقيق الخطوط الفرعية بينما يطلق على الثاني دعوى تحقيق الخطوط الأصلية.

ثانيا : طريقة تحقيق الخطوط :

إذا قدرت المحكمة أن المحرر محا الإنكار منتجا في الدعوى ولم تجد في واقعات الدعوى ومستنداتها ما يكفى لتكوين عقيدتها في شأن صحة الخط أو التوقيع كان الأمر بالتحقيق واجبا على المحكمة [2]، ويكون الأمر بالتحقيق بموجب حكم تصدره المحكمة يشتمل منطوقة على ندب

١- نقض مدني ١٩٧٦/١١/٩ - س٢٧ - ص١٥٤٠.

٢- د. سليمان مرقس : أصول - ص ٣٠٧.

أحد القضاة لمباشرة التحقيق وتعيين خبير أو ثلاثة مع تحديد موعد التحقيق يوما وساعة ومع الأمر بإيداع الورقة المقتضى تحقيقها قلم الكتاب بعد بيان حالتها وأوصافها بيانا كافيا في محضر خاص موقع من رئيس الجلسة وكاتبها والخصوم كما يجب توقيع المحرر ذاته من رئيس الجلسة وكاتبها. مع مراعاة أن ندب أحد القضاة لمباشرة التحقيق لا يكون إلا في حالة التحقيق بشهادة الشهود فإن كان التحقيق يتم بالمضاهاة فلا يكون لهذا البيان مقتضى إذ تتم المضاهاة إما بواسطة المحكمة نفسها بكامل هيئتها أو بواسطة من تندبهم من الخبراء. ويتم تحقيق الخطوط إما عن طريق المضاهاة أو بشهادة الشهود أو بكليهما بحسب ما تحدده المحكمة.

١- المضاهاة :-

تتحقق المضاهاة بمقارنة الخط أو الإمضاء أو الختم أو البصمة محل الإنكار بما هو ثابت للصادر عنه المحرر من خط أو إمضاء أو ختم أو بصمة إصبع . ويعتبر ثابتا بهذا المعنى الأوراق التي يتفق عليها الخصوم وهذا هو الأصل [١] فإن لم يتفقوا على تعيين الأوراق التي تعتبر أساسا للمضاهاة فلا تقبل لها إلا :-

أ- الخط أو الإمضاء أو الختم أو بصمة الإصبع الموضوع على أوراق رسمية ويجب في هذه الحالة تعيين هذه الأوراق تعيينا تاما بذكر تاريخها ورقمها ومكان وجودها ويأمر القاضي إما بإحضارها أو ينتقل مع الخبير للإطلاع عليها في محلها [٢].

---

١ – مع مراعاة أن القاضي ليس ملزما بأن يقبل للمضاهاة كل ورقة رسمية لم يثبت تزويرها أو كل ورقة عرفية معترف بها بل إن له إن يستبعد منها ما لا يرى من ورائه فائدة في إظهار الحقيقة. وذلك إذا أوجد في بعض الأوراق الصالحة للمضاهاة ما يكفي لاجرائها. نقض ١٩٧٩/١٢/١٢ - س٣٠ - ص٢٢٧.

٢- نقض ١٩٧٢/٦/٢٤ - س٢٣ - ص ١١٦٥.

ب-- الجزء المعترف بصحته من الورقة المقضي بتحقيقها ولا بد أن يكون الاعتراف صريحا من الخصم فلا يكفي مجرد السكوت ولا يقوم مقام هذا الاعتراف حكم المحكمة بصحة هذا الجزء بعد إنكاره.
ج- الخط أو الإمضاء أو البصمة الذي يكتبه الخصم أمام القاضي [١]، هذا وقد أوجب المشرع على المنكر أن يحضر بنفسه للاستكتاب في الموعد الذي يحدده القاضي فإن امتنع عن الحضور بغير عذر مقبول جاز الحكم بصحة الورقة [٢].

و تتم المضاهاة بواسطة من تنتدبهم المحكمة لذلك من الخبراء سواء كانوا خبيرا واحدا أو أكثر أو بواسطة المحكمة بكامل هيئتها. وإذ تمت المضاهاة بواسطة أهل الخبرة فلابد أن يتقيد الخبير بالأوراق التي تعتبر أساسا لها والتي تم تحديدها ولهذا فلا تقبل للمضاهاة غير الأوراق الرسمية أو العرفية المعترف بها أو تلك التي تم استكتابها أمام القاضي. أما إذا كانت المضاهاة تتم بواسطة المحكمة فلا تتقيد بهذه الأوراق فلها أن تعتمد في تكوين عقيدتها بتزويرها الورقة أو صحتها على ما تشاهده هي في الأوراق المدعى بتزويرها وعلى المضاهاة التي تجريها بنفسها على ما هو مقدم في الدعوى من أوراق تثبت لها بما لها من سلطة في التقدير – أنها صادرة ممن تشهد عليه دون التقيد بأوراق المضاهاة المنصوص عليها.

١- سواء تم الاستكتاب أمام القاضي بدون حضور الخبير أو تم الاستكتاب بحضور الخبير . نقض ١٩٦٨/١١/٧ س١٩ ص١٣٠٧.

٢- يمكن تطبيق الحكم ذاته بطريق القياس في حالة حضور الخصم الجلسة وامتناعه بغير عذر عن الاستكتاب . د. فتحي والى : الوسيط في قانون القضاء المدني ط ١٩٨٠ ص ٥٨٠ .

ثانيا – شهادة الشهود :-

في بعض الحالات يتم التحقيق عن طريق شهادة الشهود الذين يؤكدون مشاهدتهم للخصم وهو يقوم بكتابة السند أو بتوقيعه أو يؤكدون علمهم بوقائع تسمح للقاضي بالكشف عن الحقيقة بخصوص الواقعة محل الإنكار وهى الكتابة أو التوقيع. ولا يجب أن تكون الشهادة بشأن إثبات وجود التصرف في ذاته أو شروطه وإلا وجب التقيد بالقواعد العامة في الإثبات [١].

٣ – المضاهاة وشهادة الشهود :-

يمكن إجراء التحقيق حول صحة الخط أو التوقيع بشهادة الشهود وبالمضاهاة معا. على أنه متى حكم بصحة الورقة المذكورة يوجب المشرع على المحكمة الحكم على الخصم الذي أنكرها بغرامة مالية دون إخلال بحق المتمسك بالمحرر في المطالبة بالتعويض وفقا للقواعد العامة.

أما إذا قررت المحكمة صحة الورقة أو ردها أو سقوط الحق في إثبات صحتها وجب عليها الاقتصار على ذلك إذ لا يمتد قضاؤها في شأن صحة الورقة للحكم في الموضوع الأصلي وإنما يجب عليها احتراما لحق الدفاع المقرر للخصوم أن تحدد جلسة أخرى.

الفرع الثاني

الادعاء بالتزوير

يقصد بالادعاء بالتزوير مجموع الإجراءات التي نص عليها القانون لإثبات عدم صحة المحررات الرسمية. ويتفق الادعاء بالتزوير وتحقيق الخطوط إذ يهدف كلاهما إلى تقرير صحة أو عدم صحة المحرر ، وبالتالي الحكم بقبوله أو استبعاده . ولكن يلاحظ أن إجراءات تحقيق الخطوط قاصرة على المحررات العرفية ويقع عبء الإثبات فيها على من

١– د. سليمان مرقس : أصول ص ٢٫٥ . د. فتحي والى . ص ٥٧٩ . أبو الوفا التعليق . ص١٥٥ نقض مدني ١٩٨٢/٤/٨ طعن ١٧٧٩ لسنة ٥٠ ق .

يتمسك بالمحرر إذا أنكر من يتمسك عليه بالمحرر ما هو منسوب إليه من خط أو توقيع أو بصمة أو ختم أما الادعاء بالتزوير فيرد أصلا على المحررات الرسمية ويقع عبء الإثبات على من يدعى عدم صحة المحرر لا على من يتمسك به.

وإذا كانت القاعدة هي كفاية الإنكار لدحض حجية المحرر العرفي في الإثبات إلا أنه يجوز لمن يتمسك عليه بالمحرر أن يسلك بدلا من ذلك طريق الادعاء بالتزوير. فضلا عن أن هناك من المحررات العرفية ما لا يكفى الإنكار لهدم قوته في الإثبات وإنما يجب لذلك سلوك طريق الإدعاء بالتزوير وهذه المحررات هي :-

أولا : المحررات العرفية المصدق على التوقيع عليها من مكاتب التوثيق[١].

ثانيا : المحررات العرفية المعترف بالتوقيع عليها أو التي حكم بصحة التوقيع عليها [٢] إذا ادعى من يشهد عليه المحررات بحدوث تغيير مادي في المحرر بالمحو أو الزيادة.

ثالثا : الأوراق الموقع عليها بختم إذا ثبت صحة البصمة بهذا الختم من الأدلة التي قدمها من يتمسك بالمحرر أو إذا أقر المنسوب صدور المحرر منه بصحة البصمة ولكنه أنكر حصول التوقيع وذلك وفقا لما استقر عليه قضاء محكمة النقض.

رابعا : المحررات العرفية التي يناقش الخصم موضوعها فوفقا للمادة ٣/١٤ من قانون الإثبات لا يجوز للخصم الذي يحتج عليه بمحرر عرفي أن ينكر الخط أو التوقيع أو البصمة أو الختم المنسوب إليه بعد أن يناقش موضوع المحرر لأن هذا يدل على تسليمه بصحة نسبة المحرر إليه فلا

---

١ - الديناصوري وعكاز : التعليق على قانون الإثبات - ص ١٤٠.

٢ - د. السنهوري : الوسيط -ج٢- ص ٢٥٥.

يصح له بعد ذلك أن ينكره إذا شعر بضعف مركزه في الدعوى لكي ينقل عبء الإثبات على عاتق من يتمسك بالمحرر.

الفرع الثالث

إجراءات الادعاء بالتزوير

خصص المشرع المادة ٤٩ وما بعدها من قانون الإثبات لبيان إجراءات الادعاء بالتزوير و التى تبدأ بتقرير في قلم الكتاب يبين فيه مدعى التزوير كل مواضع التزوير وإلا كان الادعاء باطلا. ونظرا لأن الادعاء بالتزوير وسيلة من وسائل الدفاع فإن المادة المذكورة تنص على جواز إبدائه في أية حالة تكون عليها الدعوى [1]. وتضيف الفقرة الثانية من المادة ٤٩ أنه يجب على مدعى التزوير أن يعلن خصمه خلال الثمانية أيام التالية للتقرير بمذكرة يبين فيها شواهد التزوير وإجراءات التحقيق التي يطلب إثباته بها وإلا جاز الحكم بسقوط ادعائه. ويقصد بشواهد التزوير. كل ما يستند إليه مدعى التزوير في ادعائه من وقائع أو ظروف تؤيد صحة ادعائه. فإذا لم يقم مدعى التزوير بهذا الإجراء في ميعاده كان للمحكمة أن تحكم بسقوط ادعائه. وهذا الجزاء جوازي للمحكمة لها أن تحكم به أو لا تحكم به وفقا للأسباب التي تبرر بها مدعى التزوير عدم قيامه بالإجراء في موعده.

١- قضت محكمة النقض بأن " التقرير في قلم الكتاب بالطعن بالتزوير في أي محرر مقدم إلى المحكمة هو رخصة قررها المشرع للخصم إن شاء استعملها دون حاجة إلى الترخيص له بذلك من المحكمة " نقض ١٩٧٩/٣/٥ مجموعة أحكام س٢٠ ص ٧١٣ ، ولكن لا يجوز إبداؤها لأول مرة أمام محكمة النقض إلا إذا كان الادعاء بالتزوير منصبا على ورقة تعد من إجراءات الطعن بالنقض أو ورقة من تلك التي تؤثر في قبول الطعن بالنقض ذاته أو عدم قبوله، مثل الطعن على صحيفة الطعن بالنقض بالتزوير على التوقيع المنسوب للمحامى. نقض ١٩٨١/١/٣ طعن رقم ٧ لسنة ٥٣ق - ١٩٨٢/٤/٢٩ طعن ٩٢١ لسنة ٤٦ ق ١٩٧٩/١١/١٤ مجموعة أحكام س٣٠- ص٥٣ ، د. السنهورى : الوسيط -ج٢ - ص١٩٩ ، الديناصورى وعكاز : التعليق- ص ١٤٣.

أولا: **شروط إجراء التحقيق :**

حتى تأمر المحكمة بالتحقيق يجب توافر أربعة شروط نصت عليها المادة ٥٢ من قانون الإثبات وهى : –

الشرط الأول : أن يكون الادعاء بالتزوير منتجا في النزاع. ومعنى هذا أن ثبوت صحة أو تزوير الورقة يعتبر من العوامل التي تساهم في تكوين عقيدة المحكمة عند الحكم في موضوع النزاع. فإذا لم يكن لثبوت صحة أو تزوير الورقة هذا الأثر رفضت المحكمة الادعاء بالتزوير.

الشرط الثاني : عدم كفاية وقائع الدعوى ومستنداتها لاقتناع المحكمة بصحة المحرر أو بتزويره. فإذا كانت وقائع الدعوى ومستنداتها كافية لاقتناع المحكمة بصحة المحرر فإن المحكمة تحكم بصحته دون حاجة للأمر بإجراء التحقيق. وإذا كانت الوقائع والمستندات كافية لاقتناع المحكمة بتزوير المحرر حكمت بتزويره دون حاجة لإجراء التحقيق.

الشرط الثالث : أن يكون إجراء التحقيق مجديا أي أن يكون من شأن شواهد التزوير التي يستند إليها المدعى أنها لو كانت صحيحة فإنها تؤدى إلى الحكم بالتزوير فإذا كانت هذه الشواهد غير منتجة أو غير كافية لاقتناع المحكمة بالتزوير فإن المحكمة ترفض الادعاء بالتزوير. وإذا كانت شواهد التزوير منتجة في إثباته ولكنها كانت واضحة لا تحتاج إلى تحقيق فإن المحكمة لا ترفض الادعاء بالتزوير ولكنها ترفض التحقيق إذ لا حاجة لإجرائه.

الشرط الرابع :جواز إجراء التحقيق : فلا يقبل التحقيق لنفى قرينة قانونية قاطعة كما لو أريد به إثبات عدم التوقيع على ورقة سبق الحكم بصحتها بعد إنكارها لأن هذا يعتبر إخلالا بحجية الأمر المقضي.

ومتى اجتمعت الشروط السابقة أمرت المحكمة بالتحقيق. وتنص المادة ٣٥ من قانون الإثبات على أن الحكم الصادر بالتحقيق يجب أن

يشتمل على بيان الوقائع التي قبلت المحكمة تحقيقها والإجراءات التي رأت إثباتها بها وعلى سائر البيانات المذكورة في المادة ٣٢ . والبيانات التي وردت في المادة الأخيرة هي :

{ أ } ندب أحد قضاة المحكمة لمباشرة التحقيق.

{ ب} تعيين خبير أو ثلاثة خبراء.

{ ج} تحديد اليوم والساعة الذي يكون فيهما التحقيق.

{ د } الأمر بإيداع المحرر المقتضى تحقيقه قلم الكتاب بعد بيان حالته وأوصافه بيانا كافيا . والوقائع التي قبلتها المحكمة والتي يجب أن يشتمل عليها الحكم هي شواهد التزوير التي ترى المحكمة أنها في حاجة إلى تحقيق.

ثانيا : أثر الحكم بالتحقيق :

وفقا للمادة ٥٥ من قانون الإثبات فأنه يترتب على الحكم بالتحقيق وقف صلاحية المحرر للتنفيذ فإذا كان المحرر المدعى بتزويره سندا تنفيذيا كما لو ورقة موثقة فانه يصبح غير صالح للتنفيذ به. ولكن المادة ٥٥ تضيف أن عدم صلاحية المحرر المدعى بتزويره للتنفيذ لا يخل بحق المتمسك به في اتخاذ الإجراءات التحفظية بمقتضاه. وتجيز المادة ٥٧ من ذات القانون للمدعى عليه بالتزوير أن ينهى إجراءات الادعاء في أية حالة تكون عليها وذلك بنزوله عن التمسك بالمحرر المطعون فيه ، إذ بهذا النزول لا يصبح للاستمرار في إجراءات التزوير أية فائدة . ولكن يكون للمحكمة في هذه الحالة أن تأمر بضبط المحور أو بحفظه إذا طلب مدعى التزوير ذلك لمصلحة مشروعة.

كذلك تجيز المادة ٥٨ للمحكمة – ولو لم يدع أمامها بالتزوير وفقا للإجراءات السابقة – أن تحكم برد أي محرر وبطلانه إذا ظهر بجلاء من حالته أو من ظروف الدعوى أنه مزور. ومثال ذلك أن يطلب الخصم

استبعاد المحرر لتزويره دون أن يسلك الطريق الــــذي رســمه القـــانون للادعاء بالتزوير وإنما يجب على المحكمة فـــي هــذه الحالـــة أن تبيـــن الظروف والقرائن التي تبينت منها ذلك. يتبين مما تقدم أن هناك فــــروق بين الادعاء بالتزوير وإنكار الخط أو التوقيع :-

١-أن إنكار الخط وتحقيق الخطوط لا يكـــون إلا بالنســبة لـــلأوراق العرفية بعكس الادعاء بالتزوير فيكون بالنســـبة لـــلأوراق الرســمية والعرفية على حد سواء.

٢-الإنكار ليس إلا موقفا سلبيا من المنكر الذي يحتج عليه بــــالمحرر العرفي ومن ثم فلا يقع عليه عبء الإثبات وإنما يقع علـــى المتمســك بالورقة عبء إثبات صحة هذا المحرر. أما الادعاء بــــالتزوير فـــهو موقف إيجابي ومن ثم يقع على مدعيه عبء إثبات الــــتزوير واتخـــاذ الإجراءات القانونية اللازمة.

٣-أن إنكار الخط أو التوقيع يفقد الورقة العرفية حجيتها مؤقتـــا فـــي الإثبات بعكس الادعاء بالتزوير فلا يفقد الورقة حجيتها قبـــل الحكـــم بتزوير الورقة ما لم يرد التزوير على الورقة العرفية فانــــه لا شــك ينطوي على الإنكار .

٤-في الإنكار وتحقيق الخطوط لا يجوز إثبات صحة الورقة بشـــهادة الشهود إلا فيما يتعلق بحصول الكتابـــة أو التوقيـــع مـــن الشــخص المنسوب إليه الورقة فلا يجوز إثبات التصرف ذاته المدون بـــالمحرر عن طريق شهادة الشهود. أما التزوير فتحقيقه جائز بكل طرق الإثبات ومنها الشهادة والقرائن لأن المقصود هـــو إثبـــات غــش المتمســك بالمحرر.

الفصل الثاني

الإقرار واستجواب الخصوم

تقتضي دارسة الإقرار البدء بتحديد ماهيته وطبيعته ثم أنواعه وحجية كل منهما. ولما كان الإقرار قد يأتي نتيجة لاستجواب ، فإنه يجب علينا أن نحدد أحكام هذا الاستجواب وقواعده، وذلك على التفصيل الآتي:

المبحث الأول

ماهية الإقرار وطبيعته

أولا : مفهوم الإقرار

الإقرار لا يعدو أن يكون شهادة الشخص على نفسه بحق لغيره. ويعرف البعض بأنه اعتراف شخص بحق عليه لآخر سواء قصد ترتيب هذا الحق في ذمته أو لم يقصده"[١].وبمعنى آخر هو " الاعتراف الصادر من شخص بصحة واقعة يترتب على وجودها التزامه بنتائجها[٢] والإقرار الشخصي بما يدعيه خصمه يحسم النزاع في انه، فيجعله في غير حاجة إلى الإثبات. وذلك على خلاف أدلة الإثبات الأخرى . لذلك فهو يعتبر دليلاً غير عادي للإثبات. فالإثبات ينصب على وقائع متنازع عليها، والإقرار يعتبر اعترافاً من المقر ويجعل الواقعة غير متنازع فيها، وبالتالي يعفي الخصم من اللجوء إلى طرق الإثبات التي يقررها القانون.

---

[١] د. السنهوري الوسيط حـ ٢ ص ٦١٦ ، ذات المعنى د. أحمد أبو الوفا : التعليق ص ٢٧٢ . والمذكرة الإيضاحية حـ ٣ ص ٤٣١

[٢] د . الصدة : ص ٣٧٨ - د. فتحي والي : الوسيط - ص ٦٠٠ .

والواقع أنه من النادر أن يقر الشخص لخصمه بما يدعيـــه. إلا أن ذلك قد يحدث عن طريق الاستجواب، فكثير من الناس يسهل الحصـــول على إقرار منهم عند مناقشتهم، ومواجهتهم بالحقائق. وقد أجاز القـــانون لكل من الخصوم أن يستجيب خصمه الحاضر، كما أجاز للمحكمـــة ان تستجوب من يكون حاضراً من الخصوم، أو أن تأمر بإحضـــار خصـــم لاستجوابه، من تلقاء نفسها، أو بناء على طلب الخصم الآخر.

والإقرار عمل قانوني بإرادة منفردة، لأن إرادة المقر تتجه علـــى إحداث أثر قانوني، هو ثبوت الحق المقر به في ذمته وإعفاء خصمه مـن إقامة الدليل على ما كان القانون يوجب عليه إثباتهن فلا يعتبر إقراراً مـا يدلي به الشخص من أقوال تأييداً لادعاءاته، إذا كان في هـــذه الأقـــوال مصلحة لخصمه، طالما لم يقصد بها الاعتراف بما يدعيه الخصم[١].

ولا يشترط صدور الإقرار في عبارات معينة، فكمـــا يكـــون صريحاً، يمكن أن يكون ضمنياً، يستفاد من سلوك الخصم، بل يمكـــن أن يستفاد الإقرار من مجرد السكوت فإذا أدعى على شـــخص بواقعتيـــن،

١- قضت محكمة النقض بأنه " يشترط في الإقرار أن يكون صادراً من المقر تعبيراً عـــن إرادة حقيقة، فلا يعد من قبيل الإقرار الملزم ما يصدر عن الشخص من عبـــارات يقصـــد التـــودد أو المجاملة طالما أنه لم يقصد من الإدلاء بها أو من وجهت إليه دليلاً عليه" نقض مدني ١٩٧٨/٤/٥ مجموعة أحكام س ٩ ص ٩٤٩ . قضت محكمة النقض بأن " الإقرار كما يكون باللفظ الصريح، يجوز أن يستفاد من دلالة التعبير، أو من السكوت في بعض المواضع التي يعتبر فيها الســـاكت مقراً بالحق بكسوته استثناء من قاعدة ألا ينسب لساكت قول – ومنها سكوت الوالد بعـــد تهنئـــة الناس له بالولد بعد ولادته فقد اشتهر سكوته في هذه ...

فأنكر إحداهما وسكت عن الأخرى فان سكوته يعتبر إقـرارا بالواقعة الثانية.

و يجب أن يكون المقر أهلا للتصرف وان يكون رضـاء غير مشوب بعيب من العيوب. فلا يصح الإقرار من عديم أو ناقص الأهليـة. وإذا صدر الإقرار من الوصي أو القيم، فلابد أن يكون الإقرار بإذن من المحكمة، في الحدود التي يجوز فيها إعطاء الإذن. وإقـرار الوكيـل لا يصح إلا في الحدود المرسومة للوكالة. ولا يصح إقرار الوكيل وكالـة عامة، لأن الوكالة العامة لا تخول إلا أعمال الإدارة فقط، فلا بـد من وكالة خاصة تخول الوكيل سلطة الإقرار[١] .

و للإقرار حجية قاصرة تقتصر على المقر وحده، فهو الذي يؤخـذ بإقراره، وذلك لأن الإقرار تصرف قانوني فلا يلتزم إلا المقر وحلفـاءه ودائنيه، وإذا صدر الإقرار من المدين المتضامن بالدين فإن إقـراراه لا يسري في حق غيره من المدينين ، لأن نيابة المدينين المتضامنين نيابـة تبادلية فيما ينبع لا فيما يضر.

والأصل أن يقبل الإقرار في جميع الوقائع القانونية، أيا كانت قيمـة المدعي به. وهذا إلا إذا قضى القانون بغير ذلك، كما هو الحال بالنسـبة إلى التصرفات الشكلية أو المسائل المتعلقة بالنظام العام، فإقرار اشـخص بتصرف شكلي لم يستوف الشكل المطلوب أو بأمر مخالف للنظام العـام لا يكون له أي أثر.

---

(١) " فإقرار الوكيل بحق للغير قبل الموكل يجب استناده إلى وكالة خاصـة أو عامة تتضمن تفويضه صراحة بإجراء هذا التصـرف " نقـض ١٩٧٩/٢/٨ مجموعة أحكام -س ٣٠ - ص ٩٤٩.

ثانيا : الطبيعة القانونية للإقرار :

اختلف فقهاء القانون في تحديد طبيعة الإقرار، إذ أن منهم من اعتبر الإقرار قرينة على صحة ما يقر به، ومنهم من اعتبره مجرد وسيلة لإعفاء المدعي من إثبات الواقعة بالطرق المحددة، ومنهم من اعتبره نزولا من جانب المقر عن الميزة التي يتمتع بها عندما يكون خصما مجردا من الدليل، ومنهم من اعتبره تصرفا قانونيا بإرادة المقر[١].

وليس الإقرار سوى إخبارا من الشخص بحق عليه للغير، أي بصحة واقعة من شأنها أن تنتج آثارا قانونية ضده لصالح من أقر له. وعلى ذلك فالإقرار ليس إنشاء في ذمة المقر بتصرف قانوني أو بواقعة، وإنما هو مجرد إخبار أو كشف عن هذا الحق الذي كان قد نشأ في ذمة المقر قبل ذلك، وسواء بعد ذلك أكان الإقرار قد انصب على الحق ذاته أم على الثر القانوني أو على المصدر المنشئ لهذا الأثر أو ذاك الحق[٢].

و يجعل الإقرار الواقعة التي أقر بها في غير حاجة إلى الإثبات ومن ثم اعتبر الإقرار طريقا غير عادي للإثبات، فهو ليس دليلا بالمعنى الفني، وإنما مجرد وسيلة لإعفاء المدعي من إقامة الدليل على ما يدعيه، إذ بالإقرار لم تعد الواقعة المعترف بها بحاجة لإقامة دليل عليها، لأنها لم تعد متنازعا عليها، ومن ثم فهو إخبار ينطوي على تصرف قانوني.

---

١ - راجع في ذلك د/ عبد المنعم الصدة: المرجع السابق- ص ٣٨٠ وما بعدها.

٢ - د/ النهوري : المرجع السابق- ص ٦٥٦-د/ عبد المنعم الصدة: المرجع السابق- ص ٣٨٠.

ثالثا : تمييز الإقرار عن البينة :

يتفق الإقرار مع البينة في أن كلا منهما إخبار بحق وليس إنشاء للحق. على أن الإقرار يختلف عن البينة في أمور كثيرة لعل أهمها:

١-أن الإقرار هو إخبار بحق على المقر لصالح المقر له، أما الشهادة فهي

٢- إخبار بحق بواقعة على الغير ولصالح الغير.

٣-أن الإقرار حجة على المقر وحده أي حجة قاصرة ، أما الشهادة فحجيتها متعدية، هذا من ناحية. ومن ناحية أخرى فإن حجية الإقرار حجية ملزمة للقاضي بعكس الشهادة، فهي خاضعة لتقدير القاضي. فحجية الإقرار أقوى من حجية الشهادة، فهو من أقوى الأدلة " الأحكام" فالقضاء يستند إلى الظن في الشهادة في حين أنه يستند إلى العلم في الإقرار وهو علم مقطوع به.

٤-يقبل الإقرار عادة لإثبات جميع الوقائع والتصرفات القانونية أيا كان نوعها وقيمتها، في حين أن الشهادة لا تقبل لإثبات التصرفات القانونية غير التجارية إذا ما تجاوزت نصابا معينا أو كانت غير محددة القيمة، أو لإثبات ما يخالف أو يجاوز الكتابة.

المبحث الثاني

أنواع الإقرار

إذا تم الإقرار أمام القضاء أثناء السير في الدعــــوى المتعلقــة بالواقعة محل الإقرار فيكون إقرارا قضائيا، وقد يتـــم خـــارج مجلــس القضاء أو أمامه ولكن في دعوى لا تتعلق بالواقعة محل الإقرار، فيصير الإقرار غير قضائي.

المطلب الأول

الإقرار القضائي

أولا : مفهوم الإقرار القضائي وشروطه :

يعرف الإقرار القضائي بأنه " اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعــة مدعي بها عليه وذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بهذه الواقعـــة [١].

ثانيا : شروط الإقرار القضائي :

من التعريف السابق يتضح أن للإقرار القضائي أركانا أربعة إلى جانب الشروط العامة اللازمة في كل إقرار باعتباره تصرفا قانونيا.

الشرط الأول : صدور من الخصم في الدعوى :

يستفاد هذا الشرط من نص المادة ١٠٣ من قانون الإثبات الـــذي استخدم مصطلح "اعتراف الخصم" فلابد أن يصدر الإقرار من خصم في الدعوى، سواء كان خصما أصيلا أو كان قد اختصم أو تدخل فيها تدخلا اختصاما، وسواء صدر الإقرار من الخصم نفسه شخصيا أو ممن ينــوب

---

(١) م/١٠٣ إثبات. وهذا هو التعريف الذي استقرت عليه محكمة النقــض : نقــض ١٩٧٨/٥/٣١ س ٢٩ ص ١٢٦٧ ، ١٩٧٤/٢/٢٦ س ٢٥ ص ٤٢٨ ، ١٩٨٢/٣/٢٨ س ٣٣ ق ص ٦٥١

عنه ويكون له صحة الإقرار [١] . فإذا لم يكن من صدر منه الإقرار خصما في الدعوى بل كان شاهدا مثلا، فلا يعد إقراره إقرارا بالمعنى الذي نقصده هنا.

الشرط الثاني : **أن يصدر الإقرار من الخصم أمام القضاء :**

يستمد هذا الشرط من تسمية هذا النوع ذاته حيث يسمى إقرارا قضائيا.ويستوي في ذلك أن تكون جهة القضاء التي يصدر الإقرار أمامها قضاء عادي أو جهة قضاء استئنافي طالما كانت هناك دعوى مطروحة أمام المحكمة أو أمام هيئة محكمين : وعلى ذلك إذا صدر الإقرار أمام جهة ليس لها سلطان الحكم في المنازعات فلا يعتبر إقرارا قضائيا. فالإقرار الذي يصدر أمام النيابة أو أمام جهة إدارية أخرى لا يعد إقرارا قضائيا، لأن هذه الجهات ليست جهات قضاء[٢].

ويجب أن يكون الإقرار أمام محكمة مختصة، وإن كان يصح أيضا أمام محكمة غير مختصة إذا لم يكن الاختصاص متعلقا بالنظام العام كالاختصاص المحلي مثلا [٣]. وإذا صدر الإقرار أمام الجهة القضائية

---

[١] القول الصادر من المحامي في مجلس القضاء لا يعدو إقرارا له حجيته إلا إذا فرض فيه توكيل خاص" نقض مدني ١٩٦٧/١٠/٣١ مجموعة أحكام س ١٨ - ص ١٥٨٤.

[٢] قضت محكمة النقض بأن " الإنذار الرسمي لا يعد إقرارا قضائيا - لأنه لم يصدر في مجلس القضاء - والإقرار الذي يصدر في غير مجلس القضاء لا يكون ملزما حتما بل يخضع لتقدير قاضي الموضوع الذي يجوز له، مع تقدير الظروف التي صدر فيها يعتبره دليلا كاملا، أو مبدأ ثبوت بالكتابة أو مجرد قرينة، كما يجوز إلا يأخذ به أصلا" نقض مدني ١٩٧٦/١/٢٧ مجموعة أحكام س ٢٧_ص ٣٠٧.

[٣] وتقرير ما إذا كانت أقوال الخصم تعتبر إقرارا من عدمه مسألة قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض. نقض ١٩٧٨/٤/٥ مجموعة أحكام س ٢٩_ص ٥٤٩.

على النحو السابق، فإنه قد يقع بأية طريقة تدل عليه، فقد يكون شفويا أو كتابة. وقد يكون صريحا كما قد يكون ضمنيا، كالتصريح بأمر يقتضي حتما ثبوت الواقعة المدعي بها، كما لو طالب شخص بتسليم شئ اشتراه فيدفع المدعي بها، كما لو طالب شخص بتسليم شئ اشتراه فيدفع المدعي عليه بأنه لم يتسلم الثمن، فهذا الدفع يتضمن حتما الإقرار بواقعة البيع نفسها، ولقضاء الموضوع تقدير معني ونطاق الإقرار القضائي.

الشرط الثالث : أن يكون الإقرار أثناء السير في الدعوى :

و يقصد بالدعوى هنا تلك المتعلقة بالواقعة التي حصل عنها الإقرار. وعلى ذلك إذا أقر شخص بواقعة لا تتعلق بالدعوى المنظورة أمام المحكمة فلا يعتبر إقرارا قضائيا. فالإقرار الصادر في دعوى لا يؤخذ به في دعوى أخرى باعتباره إقرارا قضائيا في هذه الدعوى الأخرى.

الشرط الرابع : أن يكون الإقرار بواقعة قانونية :

يجب أن يكون إقرار الخصم قد انصب على واقعة قانونية مدعي بها، سواء كانت تصرفا قانونيا أو كانت مجرد واقعة مادية يرتب القانون عليها أثرا، ويشترط لذلك أن تكون الواقعة بوصفها محلا للإقرار، معينة تعينا نافيا للجهالة الفاحشة وإلا يكذبها الظاهر ومما يجوز التعامل فيها.

ومتى توافرت الشروط السابقة كان الإقرار قضائيا، سواء صدر الإقرار من تلقاء نفس الشخص، أو على اثر استجوابه وسواء تم الاستجواب بناء على طلب الخصم الآخر أو أمرت به المحكمة من تلقاء نفسها.

ثالثا : حجية الإقرار القضائي :

تكفلت المادة ١٠٤ من قانون الإثبات ببيان مدى حجية الإقرار القضائي حين نصت على أن" *١-الإقرار حجة قاطعة على المقر. ٢-ولا يتجزأ الإقرار على صاحبه انصب على وقائع متعددة وكان وجود واقعة منها لا يستلزم حتما وجود الوقائع الأخرى*". ومن هذا النص نستخلص قاعدتين : الأولى هي أن الإقرار حجة قاطعة على المقر، والثانية هي عدم تجزئة الإقرار.

القاعدة الأولى : الإقرار حجة قاطعة على المقر :

تعني تلك القاعدة أن الإقرار حجة بذاته على المقر، لأنه يجعل الواقعة المقر بها في غير حاجة إلى إثبات، فلا يطالب الخصم بتقديم دليل آخر، ولا يجوز للمقر الرجوع فيه أو العدول عنه[1]. كما يتعين على القاضي أن يأخذ به ويحكم بمقتضاه، ولا يجوز إثبات عكس الإقرار إذ بالإقرار تصبح الواقعة ثابتة في حق المقر ولا تصبح في حاجة إلى الإثبات.

ومن ناحية ثانية، فإن الإقرار – بحسبانه تصرفا قانونيا – لا يكون حجة إلا على من صدر منه فلا يتعداه إلى الغير[٢] ولهذا قيل " الإقرار حجة

---

(١) " الإقرار هو إخبار الإنسان عن ثبوت حق لغيره على نفسه – والسكوت في بعض المواقف يجعل الساكت مقرا بالخق بسكوته عنه، كما يجعل المتكلم مقرا بالحق بكلامه – وإن خالف القاعدة الفقهية لا ينسب لساكت قول – ومن بينها لو هنأ الناس الزوج بزواجه سكت – لزمه الزواج وليس له أن ينفيه بعد أن أقر به" نقض مدني ١٩٧٨/٣/١ مجموعة أحكام س ٢٩ –ص ٦٥١.

(٢) -قضت محكمة النقض بأن " الإقرار تصرف مقرر للملكية وليس منشئا لها – أي أنه إخبرا بملكية سابقة ليس هو سندها بل دليلها – وهذا التصرف الإقراري يكون حجة على المقر دون

قاصرة على المقر" ولكن تمتد حجيته إلى خلفه العام الورثة أو إلى من في حكمهم فلا تتعدى حجية الإقرار إلى دائني المقر أو شريكه أو الخلف الخاص. ومن ناحية أخرى، فإن حجية الإقرار القاطعة قاصرة على الدعوى التي صدر فيها الحكم. إذ يعتبر إقرارا غير قضائي عند التمسك به في دعوى أخرى. وبالتالي يكون خاضعا لتقدير المحكمة.

القاعدة الثانية : عدم تجزئة الإقرار :

الأصل أنه لا يجوز تجزئة الإقرار، فإما أن يؤخذ به كله أو يترك كله، أي ليس للمقر له أن يأخذ ما هو في صالحه ويترك ما ليس في صالحه. وهذا يقتضي أن نفرق بين صورة الإقرار المختلفة، فقد يكون قرارا بسيطا أو إقرارا موصوفا أو إقرارا مركبا.

١-**الإقرار البسيط** : الإقرار البسيط هو الاعتراف بما يدعيه الخصم دون تعديل أو إضافة، وفي هذه الحالة لا محل للبحث في تجزئة الإقرار، لنه مكون من واقعة واحدة. مثل ذلك أن يدعي الدائن أنه أقرض المدعي عليه مبلغا معينا بفائدة معينة، فيعترف المدعي عليه بذلك دون تعديل.

٢-**الإقرار الموصوف** : في هذه النوع من أنواع الإقرار يسلم المقر بما يدعيه المدعي مع إضافة وصف آخر يعدل منه. و مثال ذلك أن يدعي الدائن أن له دينا منجزا، فيقر المدعي عليه به ولكنه يضيف إلى ذلك أنه دين معلق على شرط أو مضاف إلى أجل، أو قد يدعي أن له دينا بفائدة فيقر به المدعي عليه بدون فائدة. ولا جدال في أنه في مثل هذه الصورة

حاجة إلى تسجيل – ولكن لا يجوز الاحتجاج به على الغير قبل تسجيله" نقش مدني ١٩٧٩/١/١١ مجموعة الأحكام س ٣٠_ص ١٨٣.

من الإقرار إما أن يؤخذ به كله بالوصف الذي الحق ب، وإما أن يـــترك كله، فلا يجوز للطرف الآخر أن يجزئ الإقرار. فيأخذ منه ما في صالحه وهو هنا وجود الدين، ويترك ما ليس في صالحه، وهو أن الديـــن معلـــق على شرط أو مضاف إلى أجل أو أنه بدون فوائد. وإذا ما تركه المدعـــي كان عليه أن يثبت ادعاءه بطريق آخر من طرق الإثبات.

٣-الإقرار المركب : وفي هذه الحالة يقر المدعي عليه بما يدعيه المدعـــي مضافاً إليه واقعة أخرى من شانها التأثير في دلالة الواقعة الأولى. مثـــل ذلك أن يطالب المدعي بالدين، فيقر المدعي عليه بالدين الذي ادعى بـــه، ولكنه يستدرك قائلاً أنه سدد هذا الدين، أو أن الدين قد انقضى بـــالإبراء. فمثل هذا الإقرار لا يتجزأ أيضـــاً كمـــا هـــو الشـــأن بالنسـبة للإقــرار الموصوف.

ويختلف الإقرار الموصوف عن المركب من حيث أن الإقـــرار الموصوف إنما هو إقرار بالواقعة المدعي بها، مع إضافة عنصر آخـــر معاصر لها من وقت نشئوها .فالأجل أو الشرط قد اقترن كـــل منـــهما بالدين من وقت نشوئه. فالأجل أو الشرط قد اقترن كل منهما بالدين مـــن وقت نشئه، أما الإقرار المركب فإنه إذا كان إقراراً بالواقعـــة الأصليـــة كذلك، إلا أن الواقعة الأخرى غير معاصرة للواقعة الأصليـــة، فـــهي لا تقترن بها من وقت نشئوها ، بل أنها تقع بعدها، فالوفاء واقعـــة طارئـــة بعد وجود المديونية. وإذا كان الإقرار الموصوف أو المركب لا يقبـــلان التجزئة، فان الذي يمنع على المقر به تجزئته هو أن يأخذ من الإقرار ما جاء في صالحه ويترك ما ليس في صالحه، فيلقي عبء إثبات (إثبـــات

ما ليس في صالحه) على الغير. ولكن إذا كان الإقرار غير قابل للتجزئة على هذا النحو، فإنه يكون المقر له أن يلجأ إلى سبيل آخر، فيأخذ ما هو في صالحه من الإقرار، أي يأخذ منه ما جاء متعلقا بالواقعة الأصلية، ثم يلجأ بعد ذلك إلى دحض ما ألحقه بها المقر، أي يدحض الواقعة التي ارتبطت بالواقعة الأصلية.

وبمعنى آخر إذا أراد أن يبقي على ما هو في صالحه من القرار، عليه أن يدحض ما ليس في صالحه بدليل يقدمه، لا المقر، ففي حالة الإقرار بالدين وتعليقه على شرط، يكون للمقر له أن يستفيد من الإقرار، وهذه هي الواقعة الأصلية المدعي بها، ثم يلجأ إلى إثبات أن الدين لم يكن معلقا على شرط، وهذا هو الوصف الذي ألحق بالواقعة الأصلية. وفي حالة الإقرار بالدين مع الوفاء يكون للمقر له أن يستفيد من الإقرار بالدين وهو الواقعة الأصلية، ثم يلجأ إلى إثبات أنه لم يحصل وفاء، وهذه هي الواقعة المرتبطة التي ألحقت بالواقعة الأصلية. وإذا ما توصل المقر إلى دحض الواقعة التي أضافها المقر إلى إقراره أو الوصف الذي أورده في إقراره، فإن الإقرار يصير في الواقع بعد إقرارا بسيطا، فلا يعتبر أن هناك تجزئة للإقرار.

ويراعى بالنسبة للإقرار المركب أنه يجب أن يفرق بين صورتين : في الصورة الأولى، قد تكون الواقعة التي أضيفت إلى الواقعة الأصلية مرتبطة بها ارتباطا وثيقا بحيث لا يتصور وجود إحدى الواقعتين دون وجود الأخرى؛ في هذه الحالة يعتبر الإقرار غير قابل للتجزئة. مثل ذلك أن يدعي شخص أنه دائن، فيقر المدعي عليه

بالمديونية ثم يضيف إلى ذلك أنه وفـــي الديــن أو أن الديــن انقضـــى بالإبراء. في هذه الحالة نرى أن الواقعة المرتبطة تستلزم حتمـــا وجـــود الدين قبل ذلك، وكذلك الإبراء يستلزم حتما وجود الدين قبل ذلك. ففـــي مثل هذه الحالات هناك تلازم بين الواقعتين ولا تصح فيهما التجزئة.

وفي الصورة الثانية ، قد تكون الواقعة التي أضيفت إلى الواقعة الأصلية غير مرتبطة بها ارتباطا وثيقا، بحيث أن وجـــود إحداهمـــا لا يستلزم حتما وجود الأخرى، في هذه الحالة يكون الإقرار قابلاً للتجزئـــة. ومن ذلك أن يدعي شخص أنه دائن لآخر فيقر المدعي عليه بذلك، ثـــم يضيف إلى أنه يداينه هو الآخر، ويطلب إجراء المقاصة. وهنا يمكـــن أن نتصور وجود كل واقعة من هاتين الواقعتين منفصلا عن وجود الواقعـــة الأخرى إذ لا يلزم من وجود إحداهما وجود الأخرى. فيمكن تصـــور أن المدعي عليه مدين دون أن يستلزم ذلك أن نتصور مديونية المدعي عليه .وكذلك فإن من المتصور أن يكون المدعي عليه مدينا للمدعـــي دون أن يستلزم ذلك كون المدعي مدينا له. فكل من المديونيتين في هذه الحالـــة واقعة مستقلة عن الأخرى. يمكن قيامها مســـتقلة، ولا يســـتلزم وجـــود إحداهما وجود الأخرى. ولذلك يتجزأ الإقرار في هذه الحالة. وهذا مـــا قصده المشرع بقوله إن الإقرار لا يتجزأ " إلا إذا انصب علـــى وقـــائع متعددة، وكان وجود واقعة منها لا يستلزم حتما وجود الوقائع الأخرى".

وعلى ذلك إذ أقر المدين بالدين ولكنه أقر في نفس الوقت أنـــه دائن لدائنه وتمسك بالمقاصة، فإن للدائن (المدعي) في هذه الحالـــة أن يجزئ الإقرار، فيأخذ ما في صالحه وهو ثبوت الدين. ثم يكـــون علـــى

المدين بعد ذلك أن يثبت انه دائن له (للمدعي) فإن عجز، بقى الإقرار قائما في إثبات ما هو في صالح الدائن (المدعي) أي في ثبوت دينه.

المطلب الثاني

الإقرار غير القضائي

أولا : تعريف الإقرار غير القضائي وحكمه :

الإقرار غير القضائي هو الإقرار الذي يصدر خارج مجلس القضاء أو يصدر أمام القضاء في دعوى أخرى لا تتعلق بموضوع الإقرار. ولما كان الإقرار غير القضائي لا يصدر أمام القاضي في الدعوى المتعلقة بموضوع الإقرار فإنه ينبغي أن يتحرك القاضي فيه قصد المقر ويتبين من أن هناك إقرارا صدر منه فعلا وتوافرت فيه الشروط العامة للإقرار[١] .

و يخضع الإقرار غير القضائي للقواعد العامة في الإثبات، وعلى من يدعي حصول إقرار غير قضائي أن يثبت صدوره من المقر. فإن كانت قيمة الدعوى لا تزيد عن مائة جنيه جاز إثبات الإقرار الصدر من الخصم بشهادة الشهود والقرائن، وإن زادت على ذلك لم يجز الإثبات إلا بالكتابة وفقا للقواعد العامة.

---

[١] من صور الإقرار غير القضائي الإقرار الصادر بمحضر الشكوى الإدارية . نقض مدني ١٩٧٨/٥/٢٤ س ٢٩ ص ١٣١٥ ، ١٩٧٠/٢/٣ س ٢١ ص ٢٣٤ والإقرار المكتوب في غير مجلس القضاء – ١٩٧٠/٢/٤ – س ٢١ – ص ٢٥٠ والإقرارات الصادرة في محضر معاون المالية ١٩٧٢/٣/١٤ – س ٢٣ – ص ٤٠٧.

وتترك حجية الإقرار غير القضائي للمحكمة. فعلى القاضي أن يتبين دلالة الإقرار كما قدمنا، وهل قصد به حسم النزاع أم أنه صدر عفوا دون أن يقصد به صاحبه الارتباط به. فإذا تبين للقاضي أنه صدر مقصودا به حسم النزاع كان الإقرار غير قضائي كالإقرار القضائي، ويعتبر حجة قاطعة ملزمة للقاضي. وتسرى عله أحكام الإقرار القضائي من حيث عدم تجزئته. وإن لم ير القاضي أن صاحبه قد أراد الارتباط به، فيجوز له أن يعتبره قرينة أو مبدأ ثبوت بالكتابة.

المبحث الثالث

استجواب الخصوم

المقصود بالاستجواب

الواقع أنه نادرا ما يسلم الشخص من تلقاء نفسه لخصمه بما يدعيه، وأن ذلك إنما يتم عن طريق الاستجواب. فالاستجواب طريق من طرق تحقيق الدعوى بواسطته يلجأ إلى الخصوم، أو المحكمة إلى سؤال الخصم الآخر عن وقائع معينة ليصل من وراءه ذلك للحصول على إقرار منه. والاستجواب جائز أمام جميع المحاكم على اختلاف درجاتها، وفي أي حالة تكون عليها الدعوى. و يشترط تقديم طلب الاستجواب قبل قفل باب المرافعة وألا يكون المقصود منه تأخير الفصل في النزاع.

وحيث أن الغرض من الاستجواب هو الحصول على إقرار من الخصم، وكان الإقرار جائزا بالنسبة لجميع الوقائع القانونية، فإنه يجوز استجواب الخصم حتى بالنسبة للوقائع التي يجوز إثباتها بشهادة الشهود.

ويتم الاستجواب بناء على طلب الخصم، كما أن للمحكمة أن تستجوب من يكون حاضرا من الخصوم من تلقاء نفسها. فإذا لم يكن الخصم حاضرا، أمرت بإحضاره لاستجوابه، وعلى من تقرر استجوابه أن يحضر بنفسه الجلسة التي حددها القرار.

ولا يستلزم المشرع إحاطة الخصم علما بالأسئلة التي ستوجه إليه، وإنما يجب إذا كان الاستجواب بناء على طلب الخصم، أن يعرض على المحكمة الوقائع التي سيستجوب خصمه فيها، حتى تتأكد أنها وقائع شخصية بالنسبة للخصم المطلوب استجوابه، وأنها متعلقة بالدعوى ومنتجة فيها، وللمحكمة في هذا حرية التقدير. وللمحكمة أن ترفض طلب الاستجواب، رغم أن الوقائع متعلقة بالدعوى منتجة فيها إذا رأت أن الدعوى ليست بحاجة إلى استجواب كما إذا وجدت في الدعوى من العناصر ما يكفي لتكوين عقيدتها بغير حاجة إلا الاستجواب.

ويتم الاستجواب عن طريق أسئلة يوجهها رئيس المحكمة إلى الخصم الذي يراد استجوابه، كما يوجه إليه كذلك ما يطلب الخصم الآخر توجيهه إليه من أسئلة. وتكون الإجابة في الجلسة ذاتها إلا إذا رأت المحكمة إعطاء ميعاد للإجابة. ويجب على الخصم أن يجيب على ما يوجه إليه من أسئلة، ولكن له أن يطلب ميعاد للإجابة، وللمحكمة أن تجيبه إلى طلبه إذا رأت ضرورة لذلك. وتكون الإجابة في مواجهة من طلب الاستجواب، إذا كان حاضرا فإذا لم يكن حاضرا، فإن الاستجواب لا يتوقف على حضوره.

وتنص المادة ١١١ من قانون الإثبات على أن تدون الأسئلة التي توجه إلى الخصم، وإجابته عليها بالتفصيل والدقة في محضر الجلسة. وبعد تلاوتها ويوقع عليها الرئيس والكاتب والمستجوب، وإذا امتنع المستجوب عن الإجابة أو التوقيع ذكر في المحضر امتناعه وسببه.

أولا : أثر تخلف الخصم عن الحضور:

بينا سابقا أنه إذا أمرت المحكمة باستجواب خصم، فيجب عليه أن يحضر بنفسه ويجيب على ما يوجه إليه من أسئلة. ولكن الخصم قد يتخلف عن الحضور، وقد يكون تخلفه بعذر أو بغير عذر، كما أنه قد يحضر ويمتنع عن الإجابة على ما يوجه إليه من أسئلة.

١-**حالة التخلف بعذر مقبول** : إذا تخلف الخصم عن الحضور وكان تخلفه بعذر، فإنه يجوز للمحكمة أن تندب أحد قضاتها لاستجوابه. وإذا كان الخصم يقيم خارج دائرة المحكمة، ولا يستطيع الحضور، جاز للمحكمة أن تندب قاضي المحكمة الجزئية التي يقيم في دائرتها من يراد استجوابه، لإجراء الاستجواب وفقا لمادة ٤ من قانون الإثبات على أن تحدد له المسائل المطلوب استجواب الخصم فيها.

٢-**حالة التخلف عن الحضور دون عذر** : إذا كان تخلف الخصم عن الحضور للاستجواب دون عذر مقبول، أو حضر ولكنه امتنع عن الإجابة على ما يوجه إليه من أسئلة دون مبرر قانوني لهذا الامتناع، فإنه يجوز

للمحكمة ، أن تقبل الإثبات بشهادة الشهود في الأحوال التي ما كان يجوز فيها ذلك، أي بالنسبة للوقائع التي كان يجب إثباتها بالكتابة[(١)].

ثانيا : أهلية الخصم المراد استجوابه

قد يؤدى الاستجواب إلى الإقرار وإذا كان لابد أن يكون المقر أهلا للتصرف في الحق المقر به، فإنه لا يجوز استجواب الخصم إلا إذا كان أهلا للتصرف في الحق المتنازع فيه. وقد نصت على هذا المادة ١٠٧ من قانون الإثبات. فبعد أن قررت في الفقرة الأولى أنه إذا كان الخصم عديم الأهلية أو ناقصها جاز استجواب من ينوب عنه، وجاز للمحكمة مناقشته هو إن كان مميزا في الأمور المأذون فيها فإنها تقضي في الفقرة الثانية بأنه" *يجوز بالنسبة إلى الأشخاص الاعتبارية توجيه الاستجواب إلى من يمثله قانونا، أضافت في الفقرة الثالثة " ويشترط في* جميع *الأحوال أن يكون المراد استجوابه أهلا للتصرف في الحق المتنازع فيه"* .

ويتضمن هذا النص حكما جديدا لم يكن موجودا بقانون المرافعات السابق. فلا يجوز إذا استجواب الصبي المميز أو نائبه القانوني الا في المسائل المأذون له فيها أو التي له فيها حق التصرف بالنسبة للنائب

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن " مؤدي المادة ١٣ من قانون الإثبات أنه إذا تخلف الخصم عن الحضور للاستجواب بغير عذر مقبول، أو امتنع عن الإجابة بغير مبرر قانوني- جاز للمحكمة أن تقضي في الدعوى دون ما حاجة أن يطلب الخصوم العدول عن حكم الاستجواب - وأن تقبل الإثبات بشهادة الشهود وبالقرائن في غير الأحوال الجائزة" نقض ١٩٧٩/٢/١٤ مجموعة الأحكام - س ٣٠ - ص ٥٢٧.

القانوني. وذلك على خلاف قانون المرافعات الملغي الذي كـــان يجـيز استجواب من لم يكونوا أهلا للتصرف في الحق المتنازع فيه؛ لمـا فـي استجوابهم من تنوير للمحكمة والخصوم دون قصد الحصول على إقـرار منهم له حجية الإقرار.

الفصل الثالث

اليمين

يقصد باليمين كطريق من طرق الإثبات[1] الحلف بالله العظيم و الذي **يؤديه الخصم** أمام القضاء -بناء على طلب الخصم الآخر أو طلب المحكمة- على وجود أو عدم وجود واقعة متنازع عليها وذلك عند انعدام الدليل في الدعوى أو عدم كفايته. و يقتصر هذا التعريف على اليمين القضائية التي هي محل دراستنا في هذا الفصل. وهذا يعني أن هناك يميناً غير قضائية، تؤدي أو يتفق على تأديتها خارج مجلس القضاء. وهذه تخضع في إثباتها للقواعد العامة. أما اليمين القضائية فإما أن تكون حاسمة للدعوى وإما أن تكون مكملة أو متممة، وهما اللتان سوف نتناولهما.

المبحث الأول

اليمين الحاسمة

أولا : التعريف باليمين الحاسمة :

اليمين الحاسمة هي تلك الموجهة من الخصم إلى خصمه حسماً للنزاع بينهما إذا ما عجز عن تقديم دليا آخر لإثبات ما يدعيه. فإن أداها الخصم الموجهة إليه خسر موجهها دعواه. أما إذا نكل الموجه إليه

---

[1] -اليمين في الفقه الإسلامي هي الحلف بالله ، وهي كطريق للحمك مشروعة بحديث الرسول صلى الله عليه وسلم (البينة على المدعي واليمين على من أنكر). وقد ذهب جمهور فقهاء الإسلام إلى اعتبار اليمين طريقا من طرق الإثبات في المسائل التي أجازوا فيها توجيه اليمين وهي بإجماع الأموال وما يقصد به المال. أما الحدود وما فيها حقوق الله خالصة، فالأمر مختلف عليه، فمن قائل بجواز اليمين فيها ومن ينكر، كما اتفق فقهاء الإسلام أيضا على أن اليمين – كطريق للحكم – قد تكون مكملة أو متممة، كما في حالات القضاء بها على الشاهد الواحد وغيرها، وقد تكون يمينا[2] حاسمة تفيد قطع الخصومة في الحال، سواء تم بحلفها أو النكول عنها.

عن أدائها، كسب المدعي دعواه. وقد ترد اليمين إلـــى الخصـــم الـــذي وجهها فإذا حلف قضى لصالحه، وإن امتنع خسر دعواه.

ويتضح مما تقدم أن اليمين الحاسمة **هي دليل من لا دليل لـــه**، ولكنها تعد دليلا غير عادي، إذ لا يقيم موجهها الدليل على شئ، وإنمـــا يراهن فقط على ضمير خصمه وذمته وتقواه، وتؤدي إلى كسبه للدعـوى إذا تم النكول عنها من جانب الموجه إليه أو أداها المدعي بعـــد أن ردت إليه، وهي بذلك تعفي المدعي من الإثبات أو تجعله يكسب الحق بقولـــه ويمينه هو. ولا يخفى أن اليمين الكاذبة تمثل جريمة دينيـــة و جنائيـــة يعاقب عليها المشرع

وقد اختلف فقه القانون حول طبيعة اليمين و يعتقد الأغلبيـــة أن اليمين يمثل عقدا ينطوي على صلح بين الطرفين، أي نزولا من الخصم عما يدعيه معلقا على شروط يختلف باختلاف الموقـــف الـــذي يتخـــذه الخصم الآخر. ويذهب جانب آخر إلى أن اليمين ليست إلا اتفاقـــا علـــى التحكيم [١]. ومن الفقه من اعتبرها تصرفا قانونيا[٢] ومنهم من اعتبرهـــا نظاما من أنظمة العدالة.

والواقع أن اليمين الحاسمة تعد تصرفا قانونيا إجرائيا ، لأنـــه أولا يتم داخل إجراءات الخصومة، فهو من أعمالها، فضلا عما يـــترتب عليه من آثار قانونية – حددها المشرع – بالنسبة للوقائع محل اليميـــن.

---

(١) انظر عرضا لذلك. د. السنهوري الوسيط جـــ ٢ ص ٦٨٠ ، د الصـــدة : الإثبـــات –ص ٤٤٢.

(٢) د. السنهوري الوسيط جـــ ٢ –ص ٦٨١ ، د سليمان مرقص : الإثبات –ص ١٩٧.

وترتيبا على هذا التكييف يضع المشرع قواعد معينة لتوجيه اليمين، ثم قواعد محددة لآثارها.

ثانيا : من يوجه اليمين الحاسمة :

ذكرنا حالا أن اليمين الحاسمة تمثل تصرفا إجرائيا ولذا فهي لا تكون إلا بين خصوم الدعوى، إذ يجوز لكل خصم يقع عليه عبئ الإثبات ويعوزه الدليل أن يوجهها إلى الخصم الآخر. ومن ثم **لا يملك غير الخصم أن يوجه اليمين الحاسمة** فليس للشاهد ولا للقاضي توجيهها، كما لا يمكن توجيهها إلى غير الخصم الذي له حق المطالبة بالإثبات.

ولما كان يترتب على أداء اليمين أن يخسر من وجهها دعواه. فلابد أن يكون من يوجه اليمين أهلا للتصرف في الحق موضوع اليمين[١]. ويترتب على ذلك أنه لا يجوز للوصي أو وكيل الغائب أو القيم توجيه اليمين فيما يتعلق بأعمال التصرف التي لا تدخل في سلطة أي منهم. إلا بإذن من المحكمة. و لا يجوز للوكيل وكالة عامة أن يوجه اليمين الحاسمة باسم موكله لأنها تستلزم وكالة خاصة. وعلى ذلك فإنه في الحالات التي يكون فيها للوصي أو القيم أو وكيل الغائب الحق في التصرف، دون الرجوع إلى المحكمة، وهي حالات التصرف التي قد تستلزمها أعمال الإدارة، يكون لهم حق توجيه اليمين الحاسمة، دون حاجة إلى الرجوع إليها. وهذا ما أضافته المادة ١١٥ من قانون الإثبات،

---

١ -فاليمين الحاسمة ملك الخصوم ولا يملك توجيهها غيرهم. نقض مدني ٣/٤/١٩٨٠ مجموعة أحكام س ٣١ ص ١٠١٧ ، ١٩٧٧/٥/٣٠ س ٢٨ ص ١٣٢٣، ١٩٧٠/٤/٧ س ٢١ ص ١٦.

فقد نصت على أنه" *يجوز للوصي أو القيم أو وكيل الغـائب أن يوجـه اليمين الحاسمة فيما يجوز له التصرف فيه*".

وإذا كان لكل من الخصمين أن يوجه اليميـن إلـى الخصـم الآخر، فإن القاضي يقوم بالرقابة عليه في توجيه هذه اليمين. وقد أعطى القانون للقاضي الحق في منع توجيه اليمين إذا كان هناك تعسـف فـي توجيهها فقررت المادة ١٤ من قانون الإثبات أنه" *يجـوز للقـاضي أن يمنع توجيه اليمين إذا كان الخصم متعسفا فـي توجيهـها*". فقـد يـرى القاضي أن الدعوى خالية من الدليل أو أنها غير محتملـة الصـدق وان ظاهر الحال يكذب المدعي، ومع ذلك يستغل المدعـي تقـوى خصمـه وروعة وتحرجه من الحلف، فيوجه إليه اليمين. و في مثل هذه الحالـة يعتـبر المدعـي متعسـفا، ويكـون للقـاضي أن يمنـع توجيـه اليمين. ورقابة القاضي في هذه الحالة تخوله بدور إيجابي في الإثبـات. وهو ما يحرص المشرع على إبرازه والتوسع فيه.

و توجه اليمين إلى الخصم الآخر شخصيا، ذلك لتعلق بذمتـه. ويلزم أن يكون من وجهت إليه اليمين أهلا للتصرف في الحق موضـوع اليمين حين اليمين، ذلك أن من توجه إليه اليمين إما أن يحلف وإمـا أن ينكل وإما أن يرد اليمين. ورد اليمين بمثابة توجيهها فتشترط فيه أهليـة التصرف. والنكول بمثابة الإقرار لا يملكه إلا من يملك التصـرف فـي الحق. ولما كان للولي الحق في التصرف فيصح توجيهـها إليـه، كمـا يصح توجيهها إلى كل من الوصي أو القيم أو وكيل الغائب بالنسبة لمـا

لهم التصرف فيه. وتستلزم الأهلية وقت الحلف لا وقت توجيه اليمين. فإذا كان من وجهت إليه اليمين أهلا عند توجيهها ثم حجر عليه قبل أن يحلفها، فلا يجوز أن يحلفها بعد أن حجر عليه.

ثالثا : موضوع اليمين :

تقضي المادة ١١٥ إثبات بأنه" *يجوز توجيه اليمين الحاسمة في واقعة مخالفة للنظام العام*". ويجب أن تكون الواقعة التي تنصب عليها اليمين متعلقة بشخص من وجهت إليه، فإن كانت غير شخصية له انصبت على مجرد علمه بها. ويتعين أن يرد موضوع اليمين على واقعة من الوقائع فلا يجوز أن توجه اليمين بالنسبة إلى مسألة من مسائل القانون، لأن استخلاص حكم قانوني أو تفسير النصوص القانونية إنما هو عمل القاضي.

شروط الواقعة محل اليمين الحاسمة :

يشترط في الواقعة التي توجه اليمين الحاسمة من أجل إثباتها ما يلي [١]:

الشرط الأول: عدم تعارض الواقعة مع النظام العام: مثل ذلك أن يطلب شخص من آخر أن يحلف عن دين قمار، أو أن يطلب شخص إلى آخر أن يحلف على حق سبق أن صدر في شأنه حكم حاز قوة الأمر المقضي، ولا يجوز كذلك توجيهها عن واقعة لو صحت لكانت جريمة، ذلك أن توجيه اليمين في هذه الحالة يترتب عليه أنه إذا نكل عد مرتكبا للجريمة، وإذا حلفها ليخص من الجريمة فلن يفيده ذلك إذا ما ثبتت عليه

---

(١) د. السنهوري الوسيط جـ ٢ – ص ٦٩٦ – د. الصدة – ص ٤٣٠ .

الجريمة بطريق آخر [1] . ولا يجوز توجيه اليمين بالنسبة لتصرف يشترط فيه القانون شكلا خاصا، وذلك لأن الشكل الواجب للتصرف يعتبر شرطا لصحته.

الشرط الثاني : أن تتعلق الواقعة بشخص من وجهت إليه اليمين :

ذكرنا سابقا أن الأمر اليمين يتعلق بذمة الحالف لذلك وجب أن تكون الواقعة التي تنصب عليها اليمين متعلقة بشخصه. فإذا لم تكن الواقعة متعلقة بشخص من وجهت إليه اليمين، كان من الجائز أن توجه إليه اليمين مع ذلك، فيحلف على مجرد علمه بالواقعة كما إذا كانت الواقعة متعلقة بشخص المورث. فإذا وجهت اليمين إلى الوارث، فإنه يحلف على مجرد علمه، كأن تكون الواقعة خاصة بإثبات دين في ذمة المورث، فيحلف الوارث على أنه لا يعلم أن مورثه كان مدينا. وهذه اليمين هي يمين العلم ويتعين في هذه الحالة أن توجه اليمين إلى الورثة بصيغة يمين العلم أو الاستيثاق.

الشرط الثالث : أن يتوقف عليها الفصل في النزاع :

الواقع أنه بغير هذا الشرط لن تكون اليمين حاسمة. فإذا ما توافرت الشروط السابقة، جاز توجيه اليمين الحاسمة، سواء كانت الواقعة المدعي بها واقعة مادية أم تصرفا قانونيا، ومهما كانت قيمة المدعي به، وحتى لو كان الغرض منها إثبات ما يخالف أو يجاوز الثابت بالكتابة .

---

[1] نقض مدني ١٩٧٥/٥/٢١ مجموعة أحكام س ٢٦- ص ١٠٤٠.

ويجوز توجيه اليمين الحاسمة في أية حالة كانت عليها الدعوى. ومعنى ذلك أنه يجوز توجيهها حتى يصدر حكم نهائي. ويجوز توجيهها أمام محكمة الاستئناف كذلك[1]. ولا يجوز لمن وجه اليمين أو ردها أن يرجع في ذلك متى قبل خصمه أن يحلف [2]. و ما يعنينا هو أنه طالما لم يقبل الخصم أن يحلف اليمين كان للطرف الآخر الذي وجهها أو ردها أن يعدل عنها. أما إذا استجاب من وجهت إليه اليمين وحلفها، فلا يمكن للطرف الآخر أن يرجع في توجيهه أو رده لها. وإذا رجع من وجه اليمين أو من ردها بعد أن قبل خصمه أن يحلفها، رفضت دعواه لأن توجيه اليمين أو ردها معناه ترك ما عداها من طرق الإثبات.

رابعا : أثر توجيه اليمين الحاسمة بالنسبة للخصوم:

ينتج عن توجيه اليمين الحاسمة أحد الفروض الآتية: فإما أن يحلفها من وجهت إليه وإما أن يردها، وإما أن ينكل عنها.

الفرض الأول : حلف اليمين: إذا حلف من وجهت اليمين حسم النزاع. وتعين على القاضي إصدار حكمه على من وجه اليمين، ولا يجوز بعد ذلك لمن خسر الدعوى أن يعود إلى مخاصمة من حلف اليمين مرة أخرى في نفس الموضوع ليثبت كذب اليمين، سواء كان ذلك عن طريق دعوى مبتدأ أم عن طريق الطعن الذي صدر بناء على حلف اليمين. وقد نصت

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه إذا كانت محكمة أول درجة لم تقل كلمتها في طلب توجيه اليمين الحاسمة وإنما ندبت خبيرا في الدعوى، فحتى لو اعتبر ذلك ورفضا لطلب توجيه اليمين، فإن ذلك لا يمنع من التمسك به أمام محكمة الاستئناف عملا بالمادة ٤١٠ مرافعات (٢٣٣ قانون جديد) نقض ١٩٦٢/٤/١٢ مجموعة النقض س ١٣ص ٤٥٥.

(٢) المادة ١١٦ إثبات. وتقابل المادة ٤١٢ الملغاه من القانون المدني.

المادة ١١٧ إثبات على ذلك بقولها "*لا يجوز للخصم أن يثبت كذب اليمين بعد أن يؤديها الخصم الذي وجهت إليه أو ردت عليه*" .

و إذا ثبت كذب اليمين بحكم جنائي كان للخصم الذي أصابه ضرر منها أن يطالب بالتعويض أو يطعن في الحكم الذي صدر ضده بالطرق المقررة قانونا طالما كانت مواعيد الطعن لم تنقضي. ويبدو في هذه الحالة أن من أصابه ضرر من حلف اليمين لابد أن ينتظر صدور الحكم الجنائي في الدعوى الجنائية التي تقيمها النيابة العامة على الحالف كذبا، فلا يستطيع أن يدعي مدنيا في الدعوى الجنائية. كما أنه من باب أولى لا يستطيع أن يلجأ لطريق الجنحة المباشرة بل عليه أن ينتظر صدور حكم جنائي نهائي بكذب اليمين، ثم يطلب التعويض بناء على ذلك أمام المحكمة المدنية[1].

الفرض الثاني : رد اليمين:

يجوز لمن وجهت إليه اليمين أن يردها على خصمه. وفي هذه الحالة يتعين على من ردت عليه اليمين أن يحلفها فلا يستطيع أن يردها ثانية، إذا لم يحلفها ونكل عنها خسر دعواه وتعين على القاضي الحكم عليه. وإذ كان من الجائز لكل من توجه إليه اليمين أن يردها إلى خصمه، إلا أنه قد يحدث ألا تكون الواقعة محل اليمين مشتركة بين الطرفين، بل قد تكون خاصة يستقل بها شخص من وجهت إليه. ففي هذه الحالة لا يجوز لمن وجهت إليه اليمين أن يردها. ومن ذلك مثلا حالة ما

---

[1] -يراعى عنا أن حق الطرف المضرور من اليمين في الطعن قد يسقط على حين صدور حكم جنائي. ولذلك يعد من الأفضل الاستثناء مثل هذه الحالة حيث مدد مواعيد الطعن، وربطها بصدور حكم جنائي إذا كانت دعوى كذب اليمين منظورة أمام القضاء.

إذا وجه الشفيع اليمين للمشتري في شأن مقدار الثمن، فلا يجوز للمشتري أن يرد اليمين على الشفيع ، لأن الشفيع أجنبي على الاتفاق الخاص بالثمن.

الفرض الثالث : النكول عن اليمين: إذا نكل من وجهت إليه اليمين عن الحلف خسر دعواه سواء كان الناكل هو من وجهت إليه اليمين أو من ردت إليه. ويترتب على المنكول من وجهت إليه اليمين أو من ردت إليه. ويترتب على نكول من وجهت إليه اليمين أو من ردت عليه أن يحسم النزاع كما هو الشأن تماما بالنسبة لحالة الحلف (م ١١٨ من قانون الإثبات).

خامسا : أثر توجيه اليمين الحاسمة بالنسبة للخلف :

ينتج حلف اليمين أو النكول عنه أثره بالنسبة للخصوم فقط وخلفائهم، خلافة عامة أو خاصة. ولا يكون له أثر بالنسبة إلى غير هؤلاء، كشريك على الشيوع لأحد الخصوم مثلا، متى كان النزاع الذي تم الحلف بشأنه يتعلق بالمال الشائع[١].

---

[١] ويراعى في هذا الصدد ما يقضي به القانون بالنسبة للتضامن. فإذا نكل أحد المدينين المتضامنين عن اليمين أو وجه إلى الدائن يمينا حلفها. فلا يضار بذلك باقي المدنيين وإذا اقتصر الدائن على توجيه اليمين إلى أحد المدينين المتضامنين فخلف. فإن المدينين الآخرين يستفيدون من ذلك" (م/٢٩٥ مدني مصري وانظر كذلك المادة ٤/٣٧ موجبات لبناني) ثم انظر كذلك عن أثر توجيه اليمين بالنسبة للغير : المادة ١٣٦٥ مدني فرنسي، وكذلك حكم النقض الفرنسي ٢٨ فبراير سنة ١٩٣٨:داللوز ١٩٣٨ -٢٧٤.

المبحث الثاني

اليمين المتممة

أولا : مفهوم اليمين المتممة وكيفية توجيهها :

يقصد باليمين المتممة تلك اليمين التي يوجهها القـــاضي مـــن تلقاء نفسه إلى أحد الخصمين ليستكمل بها اقتناعه، عندما يـــرى أن مـــا قدمه الخصم من أدلة لم يكن كافيا. وفي هذا المجال يبـــدو كذلـــك دور القاضي الإيجابي في الإثبات. على انه إذا كان للقاضي أن يوجه اليميـــن المتممة فإنه لا يوجهها إلا إذا كان **هناك دليل ناقص ويريد تكملته**. وهذا الأمر هو ما يميز بين نوعى اليمين : فاليمين المتممة تكمل دليلا ناقصـــا أما اليمين الحاسمة فإنها تقوم وحدها دليلا يغنى عن أي دليل آخر.

و القاضي وحده هو صاحب الحرية في توجيه اليمين المتممـــة اذ يقرر ما إذا كانت هناك حاجة لتوجيهها، ويقوم القاضي بتوجيهـــها مـــن تلقاء نفسه، ولا يتقيد في ذلك بطلب الخصوم. فإذا طلب أحد الخصـــوم توجيهها. فإن ذلك يترك القاضي، فله أن يوجهها أو لا يوجهها. وتوجـــه اليمين المتممة إلى أي من الخصمين[١] والقاضي حر كذلك في تعيين من توجه إيه اليمين. ولا يشترط في الخصم الذي توجه إليه اليمين المتممـــة أهلية خاصة، بل تكفي فيه أهلية القاضي لأن اليميـــن المتممـــة ليســـت تصرفا قانونيا. ولا توجه اليمين المتممة إلا إلـــى أحـــد الخصـــوم فـــي الدعوى.

---

(١) ولا تنطبق هنا قاعدة توجيه اليمين على واقعة شخصية بالنسبة لمن وجهت إليه، كما هـــو الشأن في اليمين الحاسمة.

ثانيا : شروط توجيه اليمين المتممة :

يلزم لتوجيه هذا النوع من اليمين ما يلي :

الشرط الأول : ألا يكون في الدعوى دليل كامل، وألا تكــون الدعــوى خالية من أي دليل[١]. وعلى ذلك فإذا كان في الدعوى دليل كامل، فــلا محل لتوجيه هذه اليمين،، لأن الغرض منها تكملة اقتناع القاضي. ومــا دام في الدعوى دليل كامل، لا توجد حاجة إليها.

الشرط الثاني : ألا تكون الدعوى خالية من أي دليل، لأن المقصود مــن توجيه اليمين هو تكملة الدليل في الدعوى وليس المقصود إحلال اليميــن محل الدليل عند انعدامه. فإذا خلت الدعوى من أي دليل، فإنــه يقضــي على الخصم الذي لم يستطع تقديم أي دليل.

ويختلف الدليل الناقص في هذه الحالة باختلاف الأحــوال. فقــد يكون الدليل الناقص شهادة الشهود، أو قرائن غير كافية لإقناع القـاضي، فيوجه اليمين لتكملتها في هذه الحالة. وإذا كان الإثبات بالكتابة واجبــا، فالدليل الناقص في هذه الحالة يكون مبدأ ثبوت بالكتابة ما عدا الحــالات التي يجوز فيها الإثبات بشهادة الشهود والقرائن استثناءا. و ما يعنينا فــي هذا أن يوجد دليل غير كامل في الدعوى. وقد يوجد في الدعوى دليل له قيمته ولكنه لا يرقى إلى مرتبة الدليل الكامل، وفي هذه الحالــة يكــون للمحكمة أن توجه اليمين المتممة لاستكمال هذا الدليل الذى لا يرقى إلــى مرتبة الدليل الكامل.

---

[١] وقد قضت محكمة النقض بأن شرط توجيه اليمين المتممة هو أن يكون لدي كل من الطرفين مبدأ ثبوت لا يرقى إلى مرتبة الدليل الكامل –نقض ١٩٧٣/٣/٢٧ مجموعة الأحكام – س ٢٤ – ص ٣٤٢ .

وإذا ما توافرت الشروط السابقة كان للقاضي أن يوجه اليمين المتممة فى أية حالة تكون عليها الدعوى، حتى يصدر حكم نهائي حائز لقوة الأمــر المقضي،. ويجوز توجيه اليمـيــن المتممــة لأول مــرة أمــام محكمــة الاستئناف في أية حالة كانت عليها الدعوى كذلك. وإذا وجهها القــاضي يجوز له الرجوع فيها.

ثالثا : آثار توجيه اليمين المتممة :

لا يترتب على حلف اليمين المتممة حسم النزاع فللقــاضي أن يأخذ بها أو لا يأخذ وله سلطة مطلقة في تقدير نتيجتها. بل إنه ليس مــن اللازم أن يحكم على من نكل عنها. ولا تعد اليمين المتممة حجة قاطعــة لذلك يجوز للطرف الآخر أن يثبت كذبها بعد أدائها من وجهت إليــه. ولا يكون لمن وجهت إليه اليمين أن يردها على خصمه.

رابعا : يمين التقويم :

نص قانون الإثبات على صورة خاصة من اليمين المتممـــة هـــي يمين التقويم التي ترد على تحديد قيمة المدعي به و ذلك فـــي الأحـــوال التي يتمثل موضوع الدعوى فيها في استرداد شئ استحال الوفاء به عينا وتعين التعويض عنة بسداد قيمته[١]. فإذا لم يمكن تحديد هذه القيمـــة مـــن واقع الدعوى ذاتها وما قدم فيها من أدلة، كان **للقاضي أن يوجه اليميـــن** المتمة (يمين التقويم). ويحدث ذلك مثلا في حالة دعوى استرداد شـــئ

---

[١] -وللقاضي أن يحدد حدا أقصى للقيمة التي يصدق فيها المدعي بيمينه.
وكما هو الحال بالنسبة لليمين المتممة، فإن القاضي لا يتقيد بهذه اليمين، ويكون لـــه أن يقضـــي بمبلغ يختلف عن المبلغ الذي حلف عليه المدعي .

مودع وهي لذلك لا توجه إلا إلى المدعي[١]. وقد بين المشرع أن هـــذه اليمين لا يجوز توجيهها إلى المدعي لتحديد قيمة الشيء المدعي بـــه إلا إذا استحال تحديد هذه القيمة بطريقة أخرى.

(١) – الأعمال التحضيرية للقانون المدني بصدد المادة ٤١٧.

الفصل الرابع

المعاينة

مفهوم المعاينة وأهميتها :

يمكن تعريف المعاينة كأحد وسائل الإثبات أو أدلته بأنها " انتقال المحكمة لمشاهدة محل النزاع، أيا كانت طبيعته، سواء كان عقاراً أو منقولاً، أو كل ما يقع عليه النزاع، إذا كانت معاينة مجدية" [١]. ويبدو من خلال هذا التعريف أن المعينة هي وسيلة لتمكين القاضي من التعرف بنفسه على حقيقة النزاع من حيث وقائعه ومحله ووجه الحق فيه. وتدخل المعاينة في إطار وسائل الإثبات المباشر وذلك لاتصالها ماديا بالواقعة محل النزاع. وترجع أهمية المعاينة أيضا لكونها تتيح للقاضي فرصة سماع الشهود المتصلين بمحل النزاع بجانب التعرف على الواقع مباشرة لأنه "*ليس من سمع كمن رأى* ". وقد تنتقل المحكمة في بعض الأحيان لمناظرة الأوصاف المادية التي يمكن أن تتغير لأن هذه المناظرة تكون ذات تأثير حاسم على الحق محل التقاضي [٢].

ومما سبق يبدو جليا أهمية المعاينة في تكوين عقيدة المحكمة في بعض المنازعات لأنه في بعض الدعاوى لا يجدي في الإثبات وتكوين القاضي لعقيدته ورأيه في الدعوى سوى مناظرة محل النزاع بنفسه لأن في ذلك ما يعطيه فكرة مادية ملموسة عن الواقع لا يمكنه الوصول إليها من خلال أوراق الدعوى أو أقوال الشهود أو تقرير الخبير وذلك بجانب

١- د/ نبيل إبراهيم سعد - د/ همام محمد محمود زهران : المرجع السابق- ص ٣٥٠.

٢- د / همام محمد محمود زهران : المرجع السابق - ص٣٤٨ - د/ محمد حسن قاسم : المرجع السابق- ص٢٩٩.

ما توفره المعاينة من ثقة [١] وطمأنينة لدى القاضي ولا يجعله واقعا تحت تأثير أقوال الخصوم المتناقضة.

المبحث الأول
شروط اللجوء للمعاينة وإجراءات طلبها

ينقسم هذا المبحث إلى المطلبين التاليين:

المطلب الأول
شروط اللجوء للمعاينة بدعوى أصلية

تولت المادة ١٣٣ من قانون الإثبات المصري بيان شروط اللجوء للمعاينة حيث نصت على أنه" *يجوز لمن يخشى ضياع واقعة يحتمل أن تصبح محل نزاع أمام القضاء أن يطلب في مواجهة ذوى الشأن وبالطرق المعتادة من قاضي الأمور المستعجلة الانتقال للمعاينة وتراعى في هذه الحالة الأحكام المبينة في المواد السابقة* " .

وهكذا يمكننا استخلاص الشروط اللازمة لطلب المعاينة وهى : -

الشرط الأول : أن تكون الواقعة محل المعاينة والإثبات مما يخشى تأثرها بمرور الوقت : ويرتبط هذا الشرط بالوقائع أو الأشياء التي يترتب على عدم معاينتها وإثبات حالتها تغير معالمها وضياع حقوق المدعى أو طالب المعاينة المرتبطة بهذا الشيء أو الواقعة. ويعنى ذلك أنه في هذه الحالة توجد حالة من الاستعجال تبرر إسناد الاختصاص بالمعاينة وإثبات الحالة لقاضي الأمور المستعجلة الذي يصدر حكما وقتيا لا يتطرق لأصل الحق بل يحقق حماية عاجلة لا تهدر حقا ولا تكسبه في حالة الخشية من

١- د/ سليمان مرقس : المرجع السابق - ص٣١٠ - د/ محمد حسن قاسم : المرجع السابق - ص ٢٩٩.

فوات الوقت. وتتوافر حالة الاستعجال كلما توافر أمرا يتضمن خطرا داهما أو تتضمن ضررا يصعب ترفيه ما لم يتم اللجوء لقاضي الأمور المستعجلة وذلك بسبب طول الوقت الذي تستغرقه إجراءات نظر الدعوى أمام محكمة الموضوع [١].

ويعد شرط الاستعجال متوافرا حتى وإن كانت الواقعة المطلوب معاينتها قد مضى عليها بعض الوقت قبل رفع الدعوى طالما بقيت الخشية من تغير معالم الشيء أو الواقعة قائمة وذلك أيا كانت طبيعة التغير أو سببه. ومثال ذلك اللجوء لقاضي الأمور المستعجلة لمعاينة المبنى الذي يوشك على الانهيار من أجل التصريح بالهدم أو الإخلاء أو طلب طرد المستأجر الذي يقوم باستعمال العين المؤجرة على نحو يضر بسلامة المبنى أو بالصحة العامة أو يستخدمه بطريقة مقلقة للراحة أو في أمور منافية للآداب أو بالصحة العامة أو النظام العام.

وأيا كان نوع الحق أو مصدرة أو طبيعة النزاع- مدنيا كان أو تجاريا- فإنه يكفى أن تتوافر حالة الاستعجال أثناء نظر الدعوى وإن لم تكن قائمة حال رفعها مما يعد ذلك خروجا على القاعدة التي تقضى بنظر الدعوى بالحالة التي كانت عليها عند رفعها. ويمكن تبرير الخروج على هذه القاعدة بأنها قد تقررت لصالح المدعى. وبالتالي لا يجوز منطقيا أن يضار من تطبيقها رغم أنها تقررت لصالحه [٢].

الشرط الثاني : أن يكون هناك احتمال نشوء نزاع في المستقبل بشأن الواقعة المطلوب معاينتها : بجانب الشرط السابق فإنه يلزم أن يكون من المحتمل أن يثار نزاع حول الواقعة أو العقار أو المنقول المطلوب معاينته

١- نقض ١٩٥٠/١١/٢٣- س ٢ - ص ١٠٣ مشار إليه لدى د/ همام محمد محمود زهران : المرجع السابق - ص ٣٤٩ -هامش ١.

٢- د/ همام محمد محمود زهران : المرجع السابق - ص ٣٤٩.

من جانب المحكمة. فإذا كانت الواقعة لا تخص إلا المدعى ولا يحتمل أن تكون محلا لدعوى موضوعية بينه وبين غيره كان على القاضي أن يحكم بعدم الاختصاص بنظرها وذلك لعدم جدوى المعاينة.

الفرع الأول

المحكمة المختصة بالمعاينة

الفرض هنا أننا بصدد دعوى إثبات حالة رفعت قبل رفع الدعوى الموضوعية. وقد بينت المادة ١٣٣ من قانون الإثبات المصري [١] أن الاختصاص بنظر هذه الدعوى ينعقد **لقاضى الأمور المستعجلة** نظرا لتوافر صفة الاستعجال وعدم مساسها بأصل الحق. وتخضع دعوى المعاينة أو إثبات الحالة لذات القواعد التي تخضع لها الدعاوى المستعجلة الأخرى من حيث الاختصاص النوعي والمحلي والولائي. ويترتب على ذلك أنه لا يجوز لجهة غير قضائية أن تقوم بالمعاينة وإثبات الحالة بشأن واقعة تتعلق بحق يختص القضاء العادي بنظر ما يثار حوله من منازعات.

وفيما يتعلق بمصروفات دعوى إثبات الحالة فإن المدعى هو الذي يتحمل عبئها حيث أنها تمثل إجراء وقتي وتحفظي يهدف لحماية حق هذا المدعى على أن العبء النهائي لهذه المصروفات قد ينتقل إلى عاتق المدعى عليه إذا صدر الحكم في الدعوى الموضوعية لصالح المدعى [٢].

١- في نفس المعنى المادة ٣١١ من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني التي تنص على أنه " يجوز لمن يخشى ضياع معالم واقعة يحتمل أن تصبح موضوع نزاع أمام القاضي أن يطلب من قاضي الأمور المستعجلة الانتقال للمعاينة . وللقاضي أن يقرر عند الاقتضاء دعوة ذوى العلاقة لحضور المعاينة. وتراعى الأحكام المبينة في المواد السابقة.

٢- د/ همام محمد محمود زهران : المرجع السابق - ص ص ٣٥١-٣٥٢، المستشار/ عز الدين الديناصورى والأستاذ/ حامد عكاز : المرجع السابق - ص ١٢٢٣.

وفيما يخص سلطة قاضى الأمور المستعجلة بشأن دعوى إثبات الحالة فإنه يجوز لهذا الأخير أن يقضى بعدم الاختصاص بنظرها إذا لم يتحقق شرط الاستعجال[١] أو لم تكن الوقائع المراد معاينتها وإثباتها محلا لنزاع في المستقبل. وإذا قرر قاضي الأمور المستعجلة نظر الدعوى لتوافر شروط قبولها فإنه يستطيع أن يستعين بمن يرى من الخبراء بشأن الجوانب الفنية كحالة المبنى ومدى متانته كما أنه يستطيع سماع من يرى من الشهود. وقد ينتدب القاضي المستعجل خبيرا لكي يقوم بالمعاينة بدلا منه مع التصريح له بسماع من يرى من الشهود دون تحليفهم اليمين. ويجب أن يقدم هذا الخبير تقريرا بنتيجة مأموريته وأن يحرر محضرا. يضمنه كيفية قيامه بمهمته. ويجب أن يحدد قاضي الأمور المستعجلة جلسة تخصص لسماع ملاحظات الخصوم حول تقرير الخبير سواء من الجوانب الشكلية أو الموضوعية. على أن إغفال القاضي المستعجل تحديد جلسة لهذا الغرض لا يؤدى بالضرورة لبطلان تقرير الخبير وكل ما هنالك هو أن الخصم المضار من هذا التقرير يمكنه أن يطلب من القاضي المختص تحديد جلسة لإبداء اعتراضاته على التقرير على أن يقوم بإعلان خصمه بميعاد هذه الجلسة. وتنتهى دعوى إثبات الحالة مع إنهاء القاضي أو الخبير لمهمته ويكون على المدعى بعد ذلك رفع الدعوى الموضوعية إذا أراد[٢].

١- تجدر الإشارة إلى أن بعض الفقه الفرنسي يذهب إلى أنه يجوز لقاضى الأمور المستعجلة نظر دعوى إثبات الحالة حتى ولو لم يتوافر شرط الاستعجال طالما اتفق الطرفان على ذلك على اعتبار أن هذا الاتفاق هو بمثابة عقد قضائي يتم غالبا لتلافى طول وتكلفة الدعوى الموضوعية. أنظر عكس ذلك ، المستشار/ عز الدين الديناصورى والأستاذ/ حامد عكاز : المرجع السابق- ص ١٢٠٣.

٢- المستشار/ عز الدين الديناصورى والأستاذ/ حامد عكاز : المرجع السابق- ١٢١٩.

الفرع الثاني
مدى جواز استئناف الحكم الصادر في دعوى إثبات الحالة

بينا آنفا أن دعوى إثبات الحالة يراد بها اتخاذ إجراء وقتي تحفظي لا يمس أصل الحق ولا يعدل في المراكز القانونية ولا يفصل في خصومة موضوعية وبالتالي لا يجوز الطعن عليه بطريق الاستئناف. على أنه إذا لم يلتزم قاضي الأمور المستعجلة بالقواعد القانونية السليمة وقضى بإلزام أحد الخصوم بشيء معين فإنه يجوز الطعن على هذا الحكم بالاستئناف [١].

المطلب الثاني
المعاينة في الدعوى الموضوعية

إذا كانت المعاينة يمكن أن تتم بناء على طلب أحد الخصوم فإن المحكمة يمكنها أن تقرر من تلقاء نفسها أثناء نظرها لدعوى موضوعية تمس المراكز القانونية لأطرافها. وتقرر المحكمة إجراء المعاينة متى رأت في ذلك ضرورة للتعرف على محل النزاع مباشرة. ويتمتع قاضي الموضوع بسلطة تقديرية في القيام بالمعاينة من عدمه وفقا لظروف كل حالة على حدة. ولا تخضع محكمة الموضوع لرقابة محكمة النقض في هذا الشأن طالما كان قرارها منطقيا ومحمولا على أسباب تكفي لحمله.. ولا يجوز للمحكمة أن ترفض إجراء المعاينة إذا كانت هي الوسيلة الوحيدة للإثبات في الدعوى حيث يعتبر ذلك إخلالا بحق المدعي في

١- نقض ١٩٩٨/١/١١- الطعن رقم ٤٨٠٠ لسنة ٦١ق حيث قررت المحكمة أن دعوى إثبات الحالة وماهيتها. إجراءات تحفظية على نفقة رافعها تمهيدا لرفع دعوى الموضوع ابتغاء الحكم به على الخصم . مؤداه. الحكم الصادر فيها لم يفصل في خصومة. عدم تضمنه قضاء عليه أو إلزامه بشيء. أثره. الطعن عليه بالاستئناف غير جائز. علة ذلك. قضاء الحكم المطعون فيه بقبول الاستئناف شكلا. خطأ.

الدفاع. ويجوز للمحكمة أن تعدل عن قرار المعاينة إذا رأت عدم جدواها على أن قرار العدول هذا يجب أن يكون مسببا حيث يجب أن تفصح المحكمة عن أسباب العدول في محضر الجلسة التي قررت فيها ذلك [١]. ولا شك أن السماح للمحكمة بالعدول عن قرار المعاينة هو أمر منطقي لأن الاستمرار في إجراء لا جدوى منه هو إهدار لوقتها دون فائدة وهو ما يعد إجبارا للقاضي على الاستمرار في إجراء لا يرى ضرورة له [٢]. وقد قررت محكمة النقض ذلك حين أكدت على حق المحكمة في العدول عما أمرت به من إجراءات الإثبات متى رأت أنه أصبح غير منتج وأن ما استجد في الدعوى بعد حكم الإثبات يكفى لتكوين عقيدتها [٣].

وإذا قررت المحكمة القيام بالمعاينة للفصل في دعوى موضوعية فإنه يمكنها القيام بذلك بكامل هيئتها أو تنتدب أحد قضاتها لإجراء المعاينة. ويجوز للمحكمة أيضا أن تنتدب خبيرا ليحل محلها في إتمام المعاينة في المسائل الفنية. وإذا كان مكان المعاينة يبعد عن مقر المحكمة جاز لها ندب أحد قضاة المحكمة الجزئية التي يقع هذا المكان في دائرتها. وعلى ذلك فإذا كان النزاع الموضوعي مطروح أمام محكمة طنطا الابتدائية وكان محل النزاع عقارا يقع بمدينة زفتي أو إحدى القوى التابعة لها كان للمحكمة أن تندب أحد قضاة محكمة زفتي (الجزئية)

١- تنص المادة/٩ من قانون الإثبات المصري في هذا الصدد على أنه " للمحكمة أن تعدل عما أمرت به من إجراءات الإثبات بشرط أن تبين أسباب العدول بالمحضر . ويجوز لها ألا تأخذ بنتيجة الإجراء بشرط أن تبين أسباب ذلك في حكمها " .

٢- المستشار/ عز الدين الديناصورى والأستاذ/ حامد عكاز : المرجع السابق - ص ٦٩.

٣- ١٩٦٧/٣/٣٠ - مجموعة المكتب الفني - السنة ١٨ - ص ١٨٧١- نقض ١٩٨٦/٥/١٥ س٣٧ -ج١- ص٥٦١ - نقض ١٩٩٣/١٢/٢٧ - الطعن رقم ٢٧٥٩ لسنة ٥٦ق - نقض ١٩٩٧/٧/٢٤ الطعن رقم ١٨٢ لسنة ٦٣ق.

لإجراء المعاينة وموافاتها بتقرير عن مهمته. وإذا كانت هناك ضـــرورة لسماع شهود بمناسبة المعاينة كان للمحكمة أو الخبير سماع من يرى منهم مع ملاحظة أن الشاهد لا يؤدى اليمين أمام الخبير إذ لا يحلـــف الشـــاهد اليمين إلا في مجلس القضاء.

ويجب أن تتم المعاينة في حضور الخصـــوم أو مـــن يمثلـــهم وإلا كانت المعاينة باطلة. على أن البطلان هنا لا يرتبط بالنظام العام إذ أنـــه يهدف لحماية المصلحة الخاصة للخصوم إعمالا لمبدأ مجابهـــة الخصـــم بالدليل. ويجب أن تحرر المحكمة أو القاضي الذي كلفته بالقيام بالمعاينـــة محضرا تبين فيه كيفية إجراء المعاينة من حيث كيفية الانتقـــال وســـاعته وتاريخه وأسماء من حضر من الخصوم والشهود والخبير إذا كان هنـــاك محلا لندبه. كما يجب أن يتضمن محضر المعاينة كيفية استدعاء الخصـوم وأوصاف الشيء محل النزاع وتعقيبات الخصوم وأقوال الشهود. ويـترتب على إغفال تحرير المحضر على النحو السابق بطلان المعاينة وفقا للمـادة ١٣١ من قانون الإثبات المصري. وتجدر الإشارة إلى أن كاتب المحكمـــة هو الذي يتولى تحرير محضر المعاينة ويوقعه مع رئيـــس الهيئـــة التـــي قامت بالمعاينة أو القاضي الذي قام بإجرائها وإلا كان العمل بـــاطلا. وإذا تمسك المدعى عليه ببطلان المعاينة وكانت هي الوسيلة الوحيدة للإثبـــات فلا يجوز للمحكمة أن تبنى حكمها على هذه المعاينة الباطلـــة وإلا كـــان حكمها هو الآخر مشوبا بالبطلان.

الفصل الخامس

الخبرة

للتعرف على أحكام الخبرة كوسيلة من وسائل الإثبات فانـــــه يلــزم تقسيم هذا الفصل للمباحث التالية:

المبحث الأول

تعريف الخبرة وأهميتها

يعرف بعض الفقه – وبحق – الخبرة بأنها استيضاح رأى أهـــل الخبرة في بعض جوانب الوقائع المادية التي يســـتعصي علـــى قـــاضى الموضوع إدراكها بنفسه من مجـــرد مطالعـــة الأوراق [١] أو فـــي شـــأن الجوانب الفنية التي تكتنف موضوع النزاع والتي لا يجـــوز للقـــاضي أن يقضى في شأنها استنادا لمعلوماته الشخصية وليس مـــن أوراق الدعـــوى وأدلتها المتداولة ما يعين على فهمها، والتي يكون استيضاحا جوهريا فـــي تكوين عقيدة المحكمة في شأن موضوع النزاع [٢].

والخبرة هي إحدى طرق الإثبات المباشر التي تنصب مباشـــرة على الوقائع المراد إثباتها. وتعتبر الخبرة أيضا نوعا من المعاينة الفنيـــة

١- د/ همام محمد محمود زهران : المرجع السابق- ص ٣٥٦. ويجدر التنويه إلى أن البطـلان هنا لا يتصل بالنظام العام وبالتالي لا يجوز لمحكمة الدرجة الثانية أن تقضى به من تلقاء نفســها كما لا يجوز للخصم الذي تقرر البطلان لمصلحته أن يعود ليتمسك به بعد أن يكون قـــد نـــاقش إجراء المعاينة وحاول تفنيده.

٢- د/ همام محمد محمود زهران : المرجع السابق – ص ٣٥٧.

التي تتم بواسطة من يتمتعون بكفاءة فنية لا تتوافر لدى القاضي والأصل أن الخبرة تقتصر على المسائل المادية وحدها دون نظيرتها القانونية التي تبقى من اختصاص القاضي حيث يفترض فيه العلم بالقانون[٢]. على أنه في بعض المنازعات التي يرتبط فيها القانون بالواقع كمسائل الملكية والحيازة يمكن اللجوء للخبرة بشأنها. وتقضي محكمة النقض في هذا الشأن بأنه يجوز للقاضي أن يستعين بالخبراء في المسائل التي يقتضي الفصل فيها استيعاب النقاط الفنية التي لا تشملها معارفه والوقائع المادية التي يشق عليه الوصول إليها دون المسائل القانونية التي يفترض فيها العلم بها. وإذا كانت المهمة التي أنيطت بالخبير المنتدب هي الانتقال إلى مأمورية الإيرادات للاطلاع على الملف الخاص بعقار النزاع – وبيان ما إذا كان قد أقيم طعن من المؤجر في قرار تقدير الإيجارات وهى واقعة مادية محضة لا تنطوي بأي حال على الفصل في المسألة القانونية التي استخلصتها المحكمة بنفسها مقررة أن الطعن مقام في الميعاد القانوني دون ما دخل للخبير في ذلك فإنه لا يعيب الحكم سلوك هذا السبيل[٣].

وتقتصر الخبرة على المسائل الفنية التي لا يستطيع القاضي الإلمام بجوانبها خاصة حين لا يكون هناك دليل آخر في الدعوى يكفي لتكوين المحكمة لعقيدتها بشأن الدعوى المطروحة عليه بما يساعدها على الفصل فيها [٤]. وبعبارة موجزة ومعبرة قررت محكمة النقض أن تعيين الخبير في الدعوى من الرخص المخولة لقاضي الموضوع فله وحدة

١- د/ نبيل إبراهيم سعد – د/ همام محمد محمود زهران : المرجع السابق – ص ٥٣.

٢- د/ محمد حسن قاسم : المرجع السابق – ص ٣٠٧ – نقض ١٩٩٦/١٢/٣ – الطعن رقم ٢١٤٢- س٥٥ ق.

٣ – نقض ١٩٧٦/٣/٢٤- س٢٧- ص٧٥٢.

٤- المستشار/ عز الدين الديناصوري و الأستاذ/ حامد عكاز : المرجع السابق- ص ١٢٢٦.

تقرير لزوم أو عدم لزوم هذا الإجراء ولا معقب عليه في ذلك متى كان رفضه لطلب تعيين الخبير قائما على أسباب مبررة له [1]. كما قررت ذات المحكمة أن طلب ندب الخبير ليس حقا للخصوم وليست المحكمة ملزمة بإجابة طلب تعيينه [2].

المبحث الثاني
نطاق الاستعانة بالخبير

رأينا سلفا أن المحكمة تستعين بالخبير من أجل استجلاء الجوانب الفنية لموضوع النزاع والتي يلزم فيها معرفة الرأي الفني لضرورة ذلك للفصل في النزاع. وبعبارة موجزة فإن نطاق الخبرة يشمل كافة المسائل المادية أو غير القانونية كالطب والهندسة والكيمياء والطبيعة والزراعة والمحاسبة والصناعة ... الخ.

والواقع أن ضرورة الاستعانة بالخبرة في هذه المسائل يرجع إلى أن القاضي لا يمكنه أن يفصل في النزاع بناء على معلوماته الشخصية بشأنها حيث تكون هذه المعلومات قاصرة عادة. كما أن المستقر عليه قضاءا أنه لا يجوز للمحكمة أن تقضى في المسائل الفنية بعلمها بل يجب الرجوع بشأن هذه المسائل إلى رأى أهل الخبرة. ولا يجوز أيضا أن يدحض القاضي رأى الخبير بناء على معلوماته الشخصية[3]. ومن الحالات

١- أنظر على سبيل المثال نقض ١٩٦٦/١٢/٢٩ - مجموعة المكتب الفني س١٧- ص ٢٠٣٠ - نقض ١٩٨١/٣/١٤ - الطعن رقم ١٤٩ لسنة ٤٦ق.

٢- نقض ١٩٨٢/١١/٢١ - الطعن رقم ١٤٠٢ لسنة ٤٨ق - في نفس المعنى نقض ١٩٧٨/٣/١ س٢٩ - ص ٦٥٨. نقض ١٩٧٩/٤/٧ الطعن رقم ٩٢٩- س ٤٣ق.

٣- نقض ١٩٧١/٣/١ س٢٢ ص ٢٦٦ مشار إليه لدى د/ همام محمد محمود زهران- ص ٣٦٠ -هامش ٥.

التي يلزم فيها الاستعانة بخبير : حل الشركة وتصفية أموالها وموجوداتها إذ يحتاج الأمر لخبير في مجال المحاسبة وكذا حالة الاستعانة بأهل الخبرة لبيان مدى استحكام مرض الزوج ومدى الضرر الذي يلحق الزوجة جراء الاستمرار في المعيشة معه وذلك في حالة رفع الزوجة دعوى تطلب فيها التطليق للضرر [١]. ويمكن اللجوء للخبراء أيضا في حالة إثبات أو نفي النسب عن طريق تحليل دم المدعى عليه أو أي مكون آخر منه يساعد على الوصول للحقيقة. وبصفة عامة يجب على المحكمة أن تستعين بالخبير في المسائل العلمية إذ لا يجوز لها أن تقضي فيها دون بيان المصدر الذي استقت منه معلوماتها.

المبحث الثالث
سلطة المحكمة في ندب الخبير

تقضي الفقرة الأولى من المادة ١٣٥ من قانون الإثبات المصري بأن "*للمحكمة عند الاقتضاء أن تحكم بندب خبير واحد أو ثلاثة* .....". وهكذا يبدو واضحا أن استعانة المحكمة بالخبير هو أمر جوازي تقرره المحكمة وفقا لظروف كل دعوى على حدة. على أن استعانة المحكمة بخبير قد يكون مفروضا عليها بحكم القانون كما هو الشأن بالنسبة لتقويم المال الشائع وقسمته عندما يختلف الشركاء ويقتضي الأمر إنهاء حالة الشيوع وقسمة المال الشائع. وقد أكدت محكمة النقض على هذا المعنى حيث قررت أن محكمة الموضوع ليست ملزمة قانونا بإجابة طلب تعيين خبير إلا في الحالات التي أوجب فيها القانون الاستعانة بخبير كالأحوال المنصوص عليها في المادتين ٣٦٣ ، ٤٥٢ مدني ولكن إذا كان

١- نقض ١٨/٥/١٩٨٢ – مجلة المحاماة – ع ٧ ، ٨ – ص ٢٥ ، ٣١.

طلب تعيين الخبير هو بأمل الحصول على دليل يفيد حسن نية المتـــهم أو عدم سوء قصده فإن للمحكمة بما لها من السلطة في تقدير الأدلة وقبولـــها أو عدم قبول أدلة جديدة اكتفاء بما لديها، الحق في رفض الطلب [١].

وإذا قررت المحكمة تعيين خبير ثم قضـــت ببطـــلان تقريـــره وظهر لها من أوراق الدعوى ما يعينها على الفصل في الـــنزاع فإنـــها لا تلتزم بندب خبير آخر [٢]. ولا يجوز للمحكمة أن تندب خبيرا في دعـــوى الشفعة من أجل تقدير قيمة العقار المشفوع فيه. فإذا ادعى الشفيع صوريـة الثمن المتفق عليه في العقد فإنه لا يجوز لمحكمة الموضـــوع أن تنـــدب خبيرا لتقدير ثمن العقار المشفوع فيه حسب سعر السوق وقت البيع فـــإن فعلت وأخذت بتقرير الخبير كان حكمها مشوبا بالخطأ فـــي القـــانون لأن العبرة هي بالثمن الحقيقي الذي تم الاتفاق عليه بين البائع والمشـــترى [٣]. وقد قررت محكمة النقض [٤] في هذا الشأن أن التزام الشفيع بدفـــع الثمـــن الحقيقي الذي حصل الاتفاق عليه قل هذا الثمن عن القيمة الحقيقيـة أو زاد عليها، اعتبار الثمن المسمى في العقد هو الثمن الحقيقي ما لم يثبت الشفيع صوريته. وتستقل محكمة الموضوع باستخلاص الثمن الحقيقي متى كـــان استخلاصها سائغا. واعتداد الحكم في تحديد ثمن العقـــار المشـــفوع فيـــه بتقرير الخبير استنادا إلى حركة السعر السائد وقتذاك هـــو عيـــب يـــبرر نقضه. كما أن التفات الحكم عن دفاع الطاعن الذي يطالب بإحالة الدعوى إلى التحقيق من أجل إثبات الثمن الحقيقي للأرض المشفوع فيها واعتمـــاده على تقرير الخبير المبنى على اعتبارات تتعلق بقيمة العقار المشفوع فيـــه

١- نقض ١٩٣١/١١/١٩ – مجموعة القواعد القانونية في ٢٥ سنة ج١ – ص ٥٩٤ – قاعدة ٦ .
٢- نقض ١٩٤٤/١٢/٢٨ – مجموعة القواعد القانونية في ٢٥ سنة – ج١ – ص –٥٤٩ قاعدة٥
٣- المستشار/ عز الدين الديناصوري و الأستاذ/ حامد عكاز : المرجع السابق – ص ١٢٣٨.
٤- نقض ١٩٩٢/١١/٢٠ – الطعن رقم ٧٤٧٤ لسنة ٦٥ق.

وقت البيع دون الثمن المتفق عليه يمثل خطأ في القانون وإخـــلال بحـق الدفاع ما يبرر نقض الحكم.

ويمكن اللجوء إلى الخبير من أجل إثبات أو نفى الخطأ الطبي مثلا كما لو ادعى المريض أن خطأ الطبيب وعدم إتباعه للقواعـد والأصـول العلمية الصحيحة قد أدى لتخلف عاهة لديه. ففي مثل هذه الحالـة يمكـن اللجوء للطب الشرعي لإثبات أو نفى هذا الخطأ. ويجـوز للمحكمـة أن تندب خبيرا أيضا لمعاينة السيارة المتسببة في حادث لبيان سببه وتقدير ما ألحقته السيارة بممتلكات الغير من تلف. ويمكن لمحكمة الموضوع أيضـا ندب خبير من المساحة مثلا للوقوف بدقة علـى حـدود وأبعـاد الأرض المتنازع عليها ووضع الحدود بين الجيران وتطبيق العقـود علـى أرض الواقع [١].

ويلاحظ بعض الفقه [٢] وبحق أنه قد جرى العمـل علـى كـثرة الاستعانة بالخبراء ليس للحاجة الفنية في الدعوى وإنما رغبة من القـاضي في التخفيف من أعباء المعاينة ومن كثرة الدعاوى المتراكمة على عاتقـه. ولا شك في إضرار هذا المسلك القضائي بالعدالة إذ يؤدى لنقـل العـبء على كاهل الخبراء ويؤدى إلى تراكم الدعاوى لديهم مما يـؤدى لتـأخير الفصل فيها وزيادة نفقاتها. و بجانب ما سبق فن هذا المسلك يـؤدى مـن الناحية القانونية إلى انفصال القاضي عن الواقع إذ لا يقف بنفسه مباشـرة على واقعات التداعي. وقد أدى ذلك المسلك في النهاية لاعتماد الفصل في الدعاوى غالبا على تقرير الخبير في زمن عز فيه الصدق وندر فيه الوفاء وتوارت فيه النزاهة والشفافية وخربت فيه الذمم.وهو ما يعنى تعريـض حقوق المتقاضين للخطر.

١- د/ همام محمد محمود زهران : المرجع السابق – ص ٣٦١.

٢- د/ نبيل إبراهيم سعد – د/ همام محمد محمود زهران: المرجع السابق –ص ٣٥٤-٣٥٥.

المبحث الرابع
كيفية تعيين الخبير وردة

حين تدق الحاجة إلى الاستعانة بخبير فإن المحكمة قد تكتفي بمناقشته شفاهه في الجلسة لاستجلاء غموض بعض المسائل الفنية التي تؤثر على وجه الرأي في الدعوى دون أن يقدم تقريرا حيث يتم الاكتفاء بإثبات رأيه في محضر الجلسة. وقد ترى المحكمة أنه من الأنسب ندب خبير واحد أو ثلاثة للقيام بمهمة معينة وتقديم تقرير في النهاية يتضمن نتيجة عمل الخبير ورأيه الفني في موضوع النزاع. ويكون ندب الخبير في هذه الحالة بموجب حكم تصدره المحكمة في ضوء نص المادة ١٣٥ من قانون الإثبات الذي تقضى بأنه "*للمحكمة عند الاقتضاء أن تحكم بندب خبير واحد أو ثلاثة ، ويجب أن تذكر في منطوق حكمها :*

(أ) - بيانا دقيقا لمأمورية الخبير ، والتدابير العاجلة التي يؤذن له اتخاذها.

(ب) - الأمانة التي يجب إيداعها خزانة المحكمة لحساب مصروفات الخبير وأتعابه والخصم الذي يكلف إيداع هذه الأمانة ، والأجل الذي يجب فيه الإيداع ، والمبلغ الذي يجوز للخبير سحبه لمصروفاته.

(ج) - الأجل المضروب لإيداع تقرير الخبير.

(د) - تاريخ الجلسة التي تؤجل إليها القضية للمرافعة في حالة إيداع الأمانة ، وجلسة أخرى أقرب منها لنظر القضية في حالة عدم إيداعها.

(ه) - وفى حالة دفع الأمانة لا تشطب الدعوى قبل إخبار الخصوم بإيداع الخبير تقريره طبقا للإجراءات المبينة في المادة ١٥١ .

ومن خلال هذا النص نتبين أن الحكم بندب الخبير يجب أن يتضمن عدة بيانات لكل منها علة معينة [١]. فبيان مأمورية الخبير وما يستطيع اتخاذه من تدابير عاجلة يهدف إلى مراقبة القاضي بشأن نطاق الاستعانة بالخبير حيث لا يجوز الاستعانة به في المسائل القانونية. كما يرمى أيضا إلى مراقبة الخبير وبيان حدود مهمته بحيث لا يجوز له تجاوز هذه المهمة وإلا كان للمحكمة أو الخصوم منعه من ذلك.

وإذا خالف الخبير التكليف الصادر له من المحكمة كان عمله باطلا. ولا يتعلق البطلان في هذه الحالة بالنظام العام وبالتالي لا يجوز التمسك به لأول مرة أمام محكمة النقض [٢]. وقد سعى المشرع من خلال استلزام بيان حكم ندب الخبير للإجراءات والتدابير العاجلة التي يستطيع هذا الأخير إتيانها إلى الحفاظ على الحقوق والحريات الشخصية.

والواقع أن الحكم بندب خبير يأتي عادة في صيغة مرنة بحيث تسمح له بالقيام بكل ما يلزم لأداء مهمته من تدابير حتى لا يحتاج للرجوع للمحكمة عدة مرات أثناء إنجاز مأموريته لطلب الإذن له ببعض التدابير غير الواردة بالحكم الخاص بندبه.

ويجب أن يحدد حكم ندب الخبير أيضا ما يسمى بأمانة الخبير وهو مبلغ تحدده المحكمة بصورة تحكمية يودع تحت حساب مصروفات الخبير وأتعابه ويجب أن يعين الحكم الخصم الذي يلتزم بإيداع الأمانة والمدة التي يلزم الإيداع خلالها. وإذا تأخر المكلف بالإيداع بدون عذر مقبول في إيداع أمانة الخبير فإن حقه في الاستعانة بالخبير يسقط ويجوز

١- راجع في ذلك د/ همام محمد محمود زهران : المرجع السابق- ص ٣٦١ وما بعدها.

٢- نقض ١٠/٥/١٩٨١ – الطعن رقم ٩٢٢- س ٤٣ق.

للمحكمة أن تعفى الخصوم من إيداع الأمانة حتى وإن كانت القضية ذاتها غير معفاة من الرسوم وذلك حين تتيقن المحكمة من ضرورة اللجوء للخبير ومن عدم قدرة الخصوم على أداء أمانة الخبير.

وقد استلزم المشرع أيضا ضرورة تحديد حكم ندب الخبير للمدة التي يجب أن يودع الخبير خلالها تقريره الذي يبين نتيجة مأموريته ورأيه الفني فيها. وترجع علة هذا البيان إلى رغبة المشرع في حث الخبير على سرعة إنجاز مهمته حتى لا يتأخر صدور الحكم الفاصل في النزاع.على أن الأجل الذي تحدده المحكمة لإيداع تقرير الخبير ليس إلزاميا حيث يجوز للخبير أن يودع تقريره بعد انقضاء هذا الأجل طالما صادف صعوبات في مهمته اضطرته إلى هذا التأخير. على أنه إذا تأخر الخبير في إنجاز مهمته بسبب خطأ الخصم فإنه يعاقب بالغرامة التي لا تقل عن ٢٠ جنيها ولا تزيد عن ٣٠٠ جنيه. ويجوز للمحكمة أيضا أن تقضى بسقوط حق هذا الخصم – الذي تسبب في تعطيل مأمورية الخبير بدون عذر مقبول – في التمسك بالحكم الصادر بتعيين الخبير. ويجوز لهذا الخصم أن يطلب من جديد إعادة ندب خبير وهذا الطلب يخضع للسلطة التقديرية لمحكمة الموضوع حيث يجوز لها رفض هذا الطلب.

وإذا كان التأخير من جانب الخبير بدون عذر مقبول فإن الجزاء الذي يوقع عليه يختلف وفقا لما إذا كان هذا الخبير من الموظفين أم لا : ففي الحالة الأولى فإنه يحكم عليه برد ما يكون قد حصل عليه من أمانة الخبير وذلك مع عدم الإخلال بالجزاءات التأديبية [1] التي يتضمنها النظام القانوني الذي يخضع له كما يجوز الحكم عليه بالتعويض إذا كان

١- أنظر في شأن هذه العقوبات المادة ١٣ ، ٣٠ من المرسوم بقانون رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٢ بتنظيم الخبرة أمام جهات القضاء .

سلوكه الخاطئ قد ألحق ضررا بالخصوم أو بعضهم. وللمحكمة ندب خبير آخر أكثر جديه في إنجاز المهمة وتقديم التقرير في الميعاد. وإذا كان الخبير من غير خبراء وزارة العدل أو الطب الشرعي أو من غير الخبراء الموظفين فإنه يعاقب عن التأخير غير المبرر بالغرامة التي لا تزيد عن ٣٠٠ جنيه وللمحكمة أن تمنحه أجلا آخر لإتمام المأمورية أو تندب خبيرا آخر بدلا منه.

وفى حالة استبدال الخبير بسبب تأخره في تقديم التقرير فإنه يلزم صدور حكم بذلك من المحكمة المختصة. أما استبدال الخبير بناء على طلبه نتيجة لعدم وجود محل لمأموريته فلا يحتاج سوى لقرار من رئيس الدائرة أو من القاضي الذي عينه [١].

وتلتزم المحكمة أيضا أن تبين في حكمها الصادر بندب الخبير تاريخ الجلسة التي تؤجل إليها الدعوى للمرافعة في حالة إنجاز الخبير لمأموريته وتقديم التقرير. وبصفة احتياطية تحدد المحكمة جلسة أقرب لنظر الدعوى في حالة عدم إيداع الخبير للتقرير اللازم. وفى حالة إيداع الأمانة فإن المشرع قد قرر عدم جواز شطب الدعوى قبل إخطار الخصوم بواقعة إيداع الخبير لتقريره. ويرجع ذلك إلى أن قيام الخصم بإيداع أمانة الخبير يدل على جديته في السير في الدعوى. ونتيجة لذلك فإن تخلف الخصوم عن حضور جلسات تداول الدعوى لا يبرر شطبها طالما أنهم لم يحاطوا علما بإيداع تقرير الخبير الذي يترتب عليه الفصل في الدعوى.

١- نقض ١٩٨٠/٤/٢٤ – الطعن رقم ٧١٨ لسنة ٤٩ق .

وإذا استوفي الحكم بندب الخبير البيانات السابقة وجاء مبنيا على أسباب تكفى لحمله فإنه يلزم إعلان هذا الحكم للخصوم. ويقتصر الإعلان على الخصوم الذين لم يحضروا جلسة النطق به ولم يقدموا مذكرة بدفاعهم أو لم يحضروا أي جلسة سابقة على النطق بالحكم بندب خبير. ويترتب على عدم الإعلان بطلان عمل الخبير لإهدار مبدأ مواجهة الخصوم بالإجراءات بحيث يمكنهم الرد عليها لما في ذلك أيضا من الإخلال بحق الدفاع.

***عدد الخبراء الذين يجوز ندبهم :**

بموجب المادة ١٣٥ من قانون الإثبات يكون للمحكمة أن تندب خبيرا واحدا و عند اللزوم لها أن تنتدب ثلاث خبراء. ويعنى ذلك أن عدد الخبراء الذين يتم ندبهم في الدعوى **يجب أن يكون وترا** سواء عينتهم المحكمة أو اتفق عليهم الخصوم وذلك حتى يمكن الترجيح بينهم عند اختلاف الرأي. والأصل أن المحكمة تعين خبيرا من بين الخبراء المقبولين أمام القضاء وهم خبراء الجدول وخبراء وزارة العدل أو خبراء مصلحة الطب الشرعي والمصالح الحكومية الأخرى. ويجوز للمحكمة بحسب طبيعة الدعوى أو ظروفها أن تنتدب خبيرا من غير المقبولين أمامها شريطة أن تبين أسباب ذلك. ويجب ندب الخبير الذي يحل عليه الدور وفقا للجدول الخاص بذلك على أن عدم الالتزام بذلك وإن خالف العرف فإنه لا يؤدى لبطلان عمل الخبير.

ويجوز وفقا للمادة ١٣٦ من قانون الإثبات اتفاق الخصوم على الخبير أو الخبراء الثلاث ولو من غير المقبولين لدى المحكمة وذلك اكتفاء بثقة الخصوم فيهم ويجب أن تقرهم المحكمة على هذا الاختيار [1]. وضمانا

١- د/ سليمان مرقس : المرجع السابق – ص ٣٤١ – د/ محمد حسن قاسم : المرجع السابق – ص ص ٣٠٩-٣١٠.

لأداء الخبير لمأموريته بالصدق والحيدة والنزاهة فإن المشرع يستلزم تحليفه اليمين قبل الشروع في إنجاز مهمته. وبالنسبة لخبراء الجدول أو خبراء الطب الشرعي ووزارة العدل فإنه يكتفي بالقسم العام الذين يؤدونه عند إدراج أسمائهم في الجدول.

وإذا كان الخبير الذي استعانت به المحكمة من غير الفئات السابقة فإنه يجب أن **يحلف** قبل البدء في مهمته يمينا – أمام قاضى الأمور الوقتية أو المحكمة التي كلفته بالمأمورية – بأن يؤدى مهمته بالصدق والأمانة. وعلة تحليفه اليمين هنا هي إشعاره بمدى خطورة مأموريته و أثرها على حقوق المتقاضين وإيقاظ ضميره حتى لا يتأثر بأية مغريات تجرفه للإجحاف بحقوق أحد الطرفين والإضرار بالعدالة.

ويجب أن يحلف خبراء هذه الطائفة اليمين قبل بدء أي مأمورية يتم تكليفه بها ويلزم إثبات ذلك في محضر الجلسة. ويترتب على إغفال أداء الخبير لليمين بطلان عمله وما يبنى عليه من أحكام. على أن هذا البطلان لا يتعلق بالنظام العام لأن الإجراء الذي تخلف غير مرتبط بدوره بالصالح العام. ويعنى ذلك أنه لا يجوز للمحكمة أن تقضى تلقائيا ببطلان عمل الخبير إذا كان الخصوم قد قبلوه صراحة أو ضمنا.

وحرصا من المشرع على عدم وضع الخبير في الحرج فإنه قد سمح له بالاعتذار عن إنجاز المأمورية الذي تم ندبه لها ما دام طلب الإعفاء يستند لأسباب تبرره وفى هذه الحالة لا يلزم صدور حكم بالإعفاء بل يكفى قرار ممن ندبه لتلك المهمة. وقد بينت المادة ٥٢ من المرسوم بقانون رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٢ هذه المسألة بنصها على أنه "*إذا أراد أحد الخبراء الموظفين إعفائه من أداء مأموريته ابتداء أو في أثناء أدائها وجب*

عليه أن يقدم طلبا بذلك إلى رئيس المكتب أو القسم أو المصلحة خلال الثلاثة أيام التالية لتكليفه أداء المأمورية .

ويبلغ الرئيس هذا الطلب في اليوم التالي على الأكثر للجهة القضائية التي أصدرت الحكم بندبه مشفوعا برأيه .

فإذا قبل الطلب ندبت الجهة القضائية خبيرا آخر أو أعادت المأمورية للمكتب أو القسم أو المصلحة لتكليف خبير آخر أداءها [١].

المبحث الرابع مكرر

رد الخبير وتنحيته

وفقا للمادة ١٤٠ من قانون الإثبات والمادة ٥٢ من المرسوم بقانون رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٢ فإنه يجوز للخبير خلال مدة معينة أن يطلب إعفاءه من أداء مهمته وذلك منعا للحرج الذي قد يجد فيه الخبير نفسه وقد سبق لنا بيان ذلك. وسوف نحاول في هذا الموضع بيان أحكام رد الخبير وأسبابه بشيء من الإيجاز وذلك على النحو التالي :-

أولا : أسباب رد الخبير :

تولت المادة ١٤١ من قانون الإثبات بيان أسباب رد الخبير و هي:

١--إذا كان قريبا أو صهرا لأحد الخصوم إلى الدرجة الرابعة، أو كان له أو لزوجته خصومة قائمة مع أحد الخصوم في الدعوى أو مع زوجته ما لم تكن هذه الخصومة قد أقيمت من الخصم أو زوجته بعد تعيين الخبير بقصد ردة.

٢-إذا كان وكيلا لأحد الخصوم في أعماله الخاصة أو وصيا عليه أو قيما أو مظنونه وراثته له بعد موته أو كانت له صلة قرابة أو مصاهرة

١- قارن المادة ١٤٠ من قانون الإثبات .

للدرجة الرابعة يوصى أحد الخصوم أو بالقيم عليه أو بأحد أعضاء مجلس إدارة الشركة المختصة أو بأحد مديريها وكان لهذا العضو أو المدير مصلحة شخصية في الدعوى.

٣-إذا كان له أو لزوجته أو لأحد أقاربه أو أصهاره على عمود النسب أو لمن يكون هو وكيلا عنه أو وصيا أو قيما عليه مصلحة في الدعوى القائمة.

٤ - إذا كان يعمل عند أحد الخصوم أو كان قد اعتاد مؤاكلة أحدهم أو مساكنته أو كان قد تلقى منه هديه ، أو كانت بينهما عداوة أو مودة يرجح معها عدم استطاعته أداء مأموريته بغير تحيز [1].

وتجدر الإشارة إلى أن الحالات السابقة ليست على سبيل الحصر وبالتالي يجوز رد الخبير لأسباب أخرى غير الواردة بالنص السابق طالما كان السبب الذي يؤسس عليه الرد من القوة بحيث يجعل من غير الممكن أداء الخبير لمهمته على نحو محايد. ومثال ذلك أن يكون الخبير قد سبق له إبداء رأيا استشاريا في الدعوى لمصلحة الخصوم. ويخضع تقدير مدى كفاية وجدية الأسباب غير الواردة بالمادة ١٤١ لسلطة محكمة الموضوع التقديرية. وإذا كان تعيين الخبير قد تم بناء على اتفاق الطرفين فإنه لا يقبل طلب ردة من أحدهم فقط ما لم يكن سبب الرد قد طرأ بعد تعيينه [2].

١- الديناصوري وعكاز : المرجع السابق - ص ١٢٥٠ - د/ محمد حسن قاسم : المرجع السابق- ص ٣١٣.

٢- راجع المادة ١٤٤ من قانون الإثبات المصري.

ثانيا : إجراءات رد الخبير والحكم في طلب الرد :

طبقا للمادة ١٤٢ من قانون الإثبات فانه "*يحصل طلب الرد بتكليف الخبير الحضور أمام المحكمة أو القاضي الذي عينه وذلك في الثلاثة أيام التالية لإعلان منطوق الحكم*". ويستفاد من هذا النص أن طلب رد الخبير يقدم لذات الجهة التي عينته وفقا للطريق الذي رسمه المشرع لذلك. لأن عدم إتباعها يترتب عليه رفض طلب الرد أو جواز الالتفات عنه[١]. ويجب أن يقدم طلب الرد ويكلف الخبير بالحضور أمام الجهة التي عينته خلال ٣ أيام من تاريخ الحكم بندبه . ولا يسقط الحق في رد الخبير طالما تحققت أسباب الرد بعد انقضاء المدة المذكورة (م/ ١٤٣) . ويتم حساب المدة اللازمة لطلب الرد (٣ أيام) من تاريخ توافر سبب الرد أو علم الخصم به.

والواقع أن مدة الثلاثة أيام التي وردت بالمادة ١٤٢ السابق ذكرها هي مدة تنظيمية لا يترتب على انقضائها بالضرورة سقوط الحق في رد الخبير إذ تتمتع المحكمة في هذه الحالة بسلطة تقديرية في هذا الصدد.
ويجب أن تفصل المحكمة في طلب الرد على وجه السرعة. ويعتبر الحكم الصادر في طلب الرد غير قابل للطعن بأي طريق سواء كان بالقبول أو الرفض. ويرى بعض الفقه [٢] أن الأصوب هو إجازة الطعن فيه طبقا للقواعد العامة للطعن في الحكم القطعي والواردة بالمادة ٢٢٩ من قانون

١- نقض ١٩٤٦/١١/٢١ مجموعة القواعد القانونية في ٢٥ سنة – ج١- ص ٥٩٩ – قاعدة ٤٣ ، نقض ١٩٧٨/١٠/٣١ الطعن رقم ٨٤٩ لسنة ٤٥ق – نقض ١٩٩٤/٧/١٠- س ٤٥ – ج٢- ص ١١٨٣.

٢- د/ همام محمد محمود زهران : المرجع السابق ص ٣٧١ وبصفة خاصة هامش ٣ بذات الصفحة .

المرافعات. ولقطع الطريق أمام الخصم الذي يريد إطالة أمد النزاع عن طريق التقدم بطلب رد الخبير فإن المشرع قرر معاقبة من يتم رفض طلبه برد الخبير بالغرامة التي لا تقل عن ١٠٠ جنيه ولا تزيد عن ٤٠٠ جنيه.

وإذا تم التقدم بطلب رد الخبير بعد نهوضه بالمأمورية فإنه لا يترتب على ذلك بالضرورة وقف عمله حيث لا تقاس هذه الحالة على ما يماثلها بشأن أعوان القضاء لعدم وجود نص على ذلك. على أن مدى صحة تقرير الخبير وجدواه ترتبط بنتيجة الحكم في طلب الرد [١].

المبحث الخامس

كيفية أداء الخبير لمهمته

أولا : مدى ضرورة حضور الخصوم :

الأصل أنه يجب أن يحضر الخصوم أو من يمثلهم أثناء قيام الخبير بعمله. بيد أن تخلف الخصوم عن الحضور أمام الخبير أو عن تقديم ما لديهم من مستندات بما يؤدى لإعاقة إنجازه لمهمته في الوقت المعقول يجيز له أن يطلب من المحكمة أن تقضى بمعاقبة الخصم الذي تخلف عن الحضور أو تقديم المستندات بالغرامة أو وقف الدعوى [٢]. وتقضى المادة ١٤٦ من قانون الإثبات بأن على الخبير أن يدعو الخصوم **بخطاب مسجل** يرسل إليهم قبل تاريخ بدء مهمته **بسبعة أيام** على الأقل. ويجب أن يتضمن هذا الخطاب مكان أول اجتماع ويومه وساعته . وفي حالات الاستعجال يجوز أن ينص الحكم بندب الخبير على بدء الخبير في

١- المستشار/ عز الدين الديناصورى والأستاذ/ حامد عكاز : المرجع السابق - ص ١٢٥٣.

٢- المادة ٩٩ من قانون المرافعات المدنية والتجارية.

إنجاز مأمور يته في الأيام الثلاثة التالية لتكليفه بالمأمورية وفى هذه الحالة فإن إخطار الخصوم بموعد بدء عمل الخبير يتم بموجب برقية ترسل قبـل هذا الموعد بأربع وعشرين ساعة على الأقل. وفى حـــالات الاســتعجال القصوى يجوز أن يبدأ الخبير مهمته فور تكليفه ويتم إخطـــار الخصـــوم بإشارة برقية للحضور أمامه في الحال.

ثانيا: أثر عدم دعوى الخصوم للحضور :

يجب أن نميز هنا بين عدم حضور الخصوم وعدم دعوتهم أصـــلا للحضور. فإذا تم إخطار الخصوم بالموعد ورغم ذلك تخلف بعضهم عـــن الحضور فإن ذلك لا يمنع الخبير من مباشرة أعماله طالما تمـــت دعـــوة الخصوم للحضور على النحو الصحيح. وتأكيدا لذلك تقضى المـــادة ١٤٧ من قانون الإثبات بأنه" *يجب على الخبير أن يباشر أعماله ولو في غيبـــة الخصوم متى كانوا قد دعوا على الوجه الصحيح* " .

على أن الأمر يختلف كثيرا في حالة عدم قيام الخبـــير بدعـــوة الخصوم للحضور إذ يترتب على ذلك وفقا للفقرة الأخيرة من المادة ١٤٦ من قانون الإثبات بطلان عمل الخبير وبالتالي بطلان الحكم الذي يؤســـس عليه. وحري بالذكر أنه إذا كان المشرع يتطلب دعوة الخصوم للحضـــور أمام الخبير بموجب خطاب مسجل تيقنا مـــن وصولـــه للخصـــوم فـــإن حضورهم دون إعلانهم بهذا الطريق لا يؤثر على صحة عمـــل الخبـــير. ومفاد ذلك أن بطلان عمل الخبير ينتج عن عدم دعوة الخصوم للحضـــور أمامه وليس بسبب مخالفة الشكل الذي حدده القانون لـــهذه الدعـــوة. وإذا كانت دعوة الخصوم للحضور تظل منتجة لآثارها طالما استمر الخبير في

إتمام مهمته فإن قيام الخبير باستئناف عمله بعد انقطاعه يقتضي دعوتـــهم من جديد[١].

ولا يتعلق البطلان الناتج عن عدم دعوة الخصوم للحضـــور أمـــام الخبير بالنظام العام لكونه مقرر لمصلحة الخصم الذي لـــم تتـــم دعوتـــه للحضور وبالتالي لا يجوز للمحكمة أن تتمسك به من تلقاء نفســـها حيـــث يلزم أن يتمسك به من تقرر هذا البطلان لمصلحته. ولا يجـــوز التمســـك بهذا النوع من البطلان لأول مرة أمام محكمة النقض [٢]. وإذا قام الخبـــير بدعوة الخصوم على الوجه القانوني الصحيح فإنه لا يلحـــق الإجـــراءات التالية لهذه الدعوة البطلان ما لم يلحق هذه الإجراءات عيـــب جوهـــري يصيب الخصم بضرر [٣].

ثالثا : مناقشة المحكمة لتقرير الخبير :

قبل أن نبدأ في بيان تقرير الخبير ومناقشة المحكمة له يجـــب أن نشير بداءة إلى أن الخبير يجب أن يدون أعمال التحقيق التي يقوم بها فـــي **محضر الأعمال**. ويحرر الخبير محضر أعمال رقم/١ يبيـــن فيـــه رقـــم الدعوى وأطرافها وتاريخ الجلسة التي صدر فيها الحكم بندبه. ويجـــب أن يتضمن هذا المحضر أيضا تاريخ إطلاعه على ملف الدعوى واليوم الـــذي حدده لبدء مباشرة عمله ومكانه واثبات قيامه بإخطار الخصوم بهذا اليـــوم

١-المستشار/ عز الدين الديناصوري والأستاذ/ حامد عكاز: المرجع الســـابق - ص ١٢٥٥ - نقض ١٩٦٩/٢١٦ - س ٢٠- ص ٢٨٥. حيث قضت المحكمة بأن تكليف الخبـــير لحضـــور الاجتماع الأول يكفي طوال مدة المأمورية ما دام العمل مستمرا فيها.

٢-نقض ١٩٦٧/٥/١١ - مجموعة المكتب الفني س١٨ ص ٩٧٦ حيث قررت المحكمة أنه إذا لم يثر الطاعن أمام محكمة الموضوع بطلان عمل الخبير لعدم دعوته إياه فإنـــه لا يقبـــل منـــه التحدي به لأول مرة أمام محكمة النقض . في نفس المعنى نقـــض ١٩٧١/٢/١٥-س٢٢ -ص ٢١٧.

٣- نقض ١٩٨١/١٢/٢٨ - الطعن رقم ١٢٦ لسنة ٤٣ق .

والمكان بخطاب مسجل موصى عليه بعلم الوصول. ويحرر الخبير أيضا محضر أعمال رقم/٢ يثبت فيه حضور الخصوم ويدون فيه مناقشاته لهم من حيث أقوالهم وملاحظاتهم ويجب أن يوقع الخبير والخصوم على هذا المحضر [١]. وتعتبر محاضر أعمال الخبير من أوراق الدعوى وكل ما يثبت فيها من دفاع الخصوم يعتبر دفاعا معروضا على المحكمة [٢]. ويكفى أن يقوم الخبير بالمأمورية المكلف بها على الوجه الذي يحقق الغاية من ندبه ولا يمنع ذلك المحكمة المختصة من مراقبة ما ينسب للخبير من تجاوز لحدود المأمورية المكلف بها [٣].

ويجوز للخبير أن يستعين في أداء عمله بالمعلومات الفنية اللازمة وكذا الاستماع لمن يرى من الشهود. ولا تثريب على محكمة الموضوع إذا اتخذت من أقوال الشهود الذين سمعهم الخبير بغير حلف يمين قرينة ضمن قرائن أخرى على اكتساب الخصم الملكية بالتقادم الطويل لأنها هي لم تسمع الشهود ولم يحلفوا أمامها اليمين [٤]. وقد بينت محكمة النقض أن اعتماد محكمة الموضوع على أقوال الشهود الذين سمعهم الخبير يكون في الحالات التي يجوز فيها الإثبات بشهادة الشهود [٥].

ولا تغنى محاضر الأعمال التي يدونها الخبير على النحو السابق عن قيام الخبير بتقديم تقرير بنتيجة أعماله متضمنا الرأي الذي انتهي إليه.

١- ١٣٣- المادة ١٤٩ من قانون الإثبات المصري.

٢- نقض ١٩٧٣/١١/٢٦ س ٢٤ ص ١١٤٢.

٣- نقض ١٩٩٤/١/٢٧ – الطعن رقم ٢٧٩٠ س ٦٠ ص ١٤٩٢.

٤- نقض ١٩٥٨/١٢/١٨ مجموعة المكتب الفني س٩ ص ٧٨٦.

٥- نقض ١٩٩٣/١١/٢٥ – الطعن رقم ٢٩٨٨ س ٥٨ق. في نفس المعنى نقض ١٩٩٤/١/١٢ الطعن رقم ٩٦٨ س ٥٩ق.

وإذا ندبت المحكمة ثلاث خبراء فإنه يجوز لكل منـــهم أن يقـدم تقريـرا مستقلا ما لم يتفقوا على تقديم تقرير واحد [١]. وإذا انفرد خبيران فقـــط – من الثلاثة الذين تم ندبهم – بوضع التقرير وامتنع الثالث عن الاشـــتراك في ذلك فإن التقرير المقدم منهما يكون باطلا ولا يجوز للمحكمة الأخذ بـه لأن ندب المحكمة لثلاث خبراء يفيد أنها ترى لــزوم الاسـتعانة برأيـهم جميعا [٢].

ويجب أن يودع الخبير تقريره ومحاضر أعماله قلم الكتاب كمـــا يجب أن يودع كافة أوراق الدعوى التي سلمت إليه بصدد إنجاز عملـــه. ويجوز للخبير إيداع تقريره قلم كتاب أقرب محكمة لموطنـــه إذا كـانت المحكمة المختصة بنظر النزاع تبعد عن موطنه. وتقوم المحكمة القريبـــة من موطن الخبير بإرسال التقرير ومرفقاته إلى المحكمـــة التـي تنظـر الدعوى التي من أجلها تم انتداب الخبير. وحتى يحـاط الخصـوم علمـا بالإيداع ويتمكنوا من مناقشته وإبداء دفاعهم وملاحظاتهم عليه فإن الخبـير يلتزم بإخطارهم بواقعة إيداعه للتقرير خلال الأربـع والعشـرين سـاعة التالية للإيداع بموجب خطاب مسجل [٣]. وإذا لم يتـم إخطـار الخصـوم بالإيداع ومع ذلك استندت المحكمة إلى هذا التقرير في حكمها فإن ذلـــك يؤدى لبطلان هذا الحكم بسبب الإخلال بحق الدفاع وعدم تمكين الخصـوم من مناقشة هذا التقرير وتفنيده.

١- المادة ١٥٠ من قانون الإثبات المصري .

٢- نقض ١٩٩٠/٤/١٠ الطعن رقم ٥٠٦ س ٦٢ق .

٣- المادة ١٥١ من قانون الإثبات المصري – وزيادة في الحـرص علـى حقـوق الخصـوم ومصالحهم فإن المادة ٣٥٩ من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني تلزم المحكمة بإرســال صورة من تقرير الخبير لكل من الخصوم وذلك فور إيداع هذا التقرير.

ولا يجوز أيضا إدخال خصم في الدعوى والحكم ضده استنادا إلى تقرير الخبير طالما تم إدخاله في الدعوى بعد إيداع الخبير لتقريره [١].

وقد ترى المحكمة ضرورة لاستدعاء الخبير الذي أودع تقريره لمناقشته سواء تم هذا الاستدعاء من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الخصوم [٢]. وإذا كان استدعاء المحكمة للخبير بغرض مناقشته في التقرير يخضع للسلطة التقديرية للمحكمة فإن الأمر يكون وجوبيا عليها إذا طلب أحد الخصوم استدعاء الخبير لمناقشته في مسألة فنية بحتة لم يتعرض لها في تقريره أو جاء هذا التقرير متناقضا بشأنها [٣].

وإذا لم يكفى تقرير الخبير لتكوين عقيدة المحكمة والرد على كافة التساؤلات المثارة فإن لها أن تقرر من تلقاء نفسها أو بناء على طلب أحد الخصوم أن تقرر إعادة المأمورية للخبير أو تكليف خبير آخر أو إلى ثلاثة خبراء آخرين لتقديم تقرير فاصل في الدعوى. ولا يوجد ما يمنع أن يكون الخبير السابق هو أحد الخبراء الثلاثة الذين أعيدت إليهم المأمورية وذلك من باب أولى لأن المحكمة تستطيع أن تعيد المأمورية لذات الخبير السابق ليستوفى أوجه النقص التي شابت التقرير السابق. وإذا رأى هذا الخبير أن تلافى ما شاب التقرير الأول من أوجه نقص لا يقتضي إعادة المعاينة أو سماع الشهود فإنه يستطيع إنجاز مأموريته الثانية دون حاجة إلى دعوة الخصوم.

١- نقض ١٩٩٣/١٢/٢٢ الطعن رقم ٥٣٨.

٢- المادة ١٥٣ من قانون الإثبات المصري.

٣- المستشار / عز الدين الديناصورى و الأستاذ/ حامد عكاز: المرجع السابق - ص ١٢٨٤.

وإذا قررت المحكمة إعادة المأمورية للخبير فإنها تستطيع العدول عن هذا القرار إذا استجدت أسباب جعلتها تكتفي بالتقرير الأول على أنـــها تلـــتزم ببيان أسباب هذا العدول [١].

ويجوز للخصوم الاعتراض على عمل الخبير أو شخصه إلا أن هذا الاعتراض لا يجوز التمسك به لأول مرة أمـــام محكمـــة النقـــض [٢]. والواقع أن هناك أسباب عديدة تبرر اعتراض الخصوم أو بعضهم علـــى تقرير الخبير كما لو أغفل هذا الأخير تحقيق دفاعه أو بحث ما قدمه مـــن مستندات. على أنه لا تثريب على الخبير إذا امتنع عـــن ســـماع أقـــوال الخصوم الختامية إذ هو غير ملزم بإجابة طلب الخصوم الذي من شـــأنه استرساله في أداء المأمورية بعد أن يكون قد رأى أنها تمت [٣]. ويســـتطيع الخصم أيضا أن يؤسس اعتراضه على تقرير الخبير على قصور الأبحاث التي قام بها الخبير وعدم سلامة الأساس التي بنى عليها تقريره أو علـــى ما انتهى إليه تقرير الخبير لا يصادف أصلا في أوراق الدعوى. وأيا كان سبب اعتراض الخصم على تقرير الخبير فإن هذا الاعـــتراض يجـــب أن يكون صريحا ومحددا وأن يبين بدقة مواضع القصور ومواقع الخطأ فـــي التقرير وأثر ذلك على صحة الحكم الـــذي بنـــى عليـــه. ويجـــب إبـــداء الاعتراضات على الجوانب الشكلية في التقرير قبل الشروع في مناقشـــة موضوعه أما الاعتراضات الواردة على جوانبـــه الموضوعيـــة فيجـــوز

١- د/ همام محمد محمود زهران : المرجع السابق - ص ٣٨٦.

٢- نقض ١٩٧٦/١١/١٠ - س ٢٧ - ص ١٥٥٤.

٣- نقض ١٩٣١/١١/١٩ مجموعة القواعد القانونية في ٢٥ سنة- ج-١ ص ٥٦٩ - القـــاعدة ٢٤ - نقض ١٩٥٧/٥/٣١ - س٨- ص١١٨. مشار إليه لدى د/ همام محمد محمود زهـــران : المرجع السابق- ص ٣٨٧ هامش ٥.

التمسك بها أمام محكمة الموضوع بدرجتيها أي حالة تكون عليها الدعوى[١].

ويجوز للخصوم طلب تعيين خبير مرجح للمفاضلة بين تقرير الخبير المنتدب والخبير الاستشاري. على أن محكمة الموضوع تتمتع بسلطة تقديرية في هذا الشأن بحيث تستطيع الالتفات عن هذا الطلب إذا وجدت في تقرير الخبير وقرائن الدعوى ما يكفى لقناعتها بالرأي الذي انتهت إليه.

المبحث السادس
مدى حجية تقرير الخبير في الإثبات

الواقع أن رأى الخبير لا يعدو كونه رأى استشاري لا يلزم المحكمة ولا يقيد قضاتها على اعتبار أن القاضي هو الخبير الأعلى وهو المهيمن على الدعوى وصاحب القول الفصل فيها [٢]. وقد عبرت المادة ١٥٦ من قانون الإثبات المصري عن ذلك بإيجاز حيث نصت على أن *"رأى الخبير لا يقيد الحكمة "*. ويستفاد من ذلك أن القاضي يستطيع طرح التقرير كله أو الأخذ به كليا أو الاكتفاء بالأخذ ببعض ما جاء به فقط. وفى حالة تعدد التقارير المقدمة من الخبراء عند تعددهم فإن للمحكمة أن الأخذ ببعضها وإغفال البعض الآخر دون أن تخضع في ذلك لرقابة محكمة النقض لارتباط ذلك الأمر بالواقع وليس بالقانون [٣]. ولا شك أن اعتبار تقرير الخبير رأيا استشاريا غير ملزم للمحكمة لا ينفي كون هذا

١- نقض ١٩٨٣/٤/٣ - الطعن رقم ٣٣٤- س٥٢ ق.

٢- في نفس المعنى د/ سليمان مرقس - المرجع السابق- ص ٣٨٣.

٣ د/ محمد حسن قاسم : المرجع السابق - ص ٣٢١ والأحكام المشار إليها بهوامش ذات الصفحة.

التقرير وكذا محاضر الأعمال من قبيل المحررات الرسمية التي لا يجوز إثبات عكس ما ورد بها إلا عن طريق **الطعن بالتزوير**. وينصب الطعن بالتزوير على البيانات الواردة بالتقرير سواء ما يتعلق بتاريخ تحرير التقرير أو محاضر الأعمال وما ورد بها من بيانات تتعلق بانتقال الخبير وسماعه لأقوال الخصوم ومطالعته للمستندات وحضور الخصوم أمامه أو غيابهم.

وفيما يتعلق بصحة ما أدلى به الخصوم من أقوال وما انتهى إليه الخبير من رأى أو استنتاجات وآراء فإنه يمكن نفيها أو تفنيدها وفقا للقواعد العامة في الإثبات حيث لا تتمتع بحجية المحرر الرسمي في الإثبات [1]. ويجدر التنويه في النهاية إلى أن المحكمة إذا أخذت بما جاء في تقرير الخبير فإنها لا تلتزم بذكر أسباب ذلك في حين أنها تلتزم بذكر أسباب إغفالها لما ورد بهذا التقرير [2].

المبحث السابع

أتعاب الخبير وكيفية استيفاؤها والتظلم من تقديرها

أولى قانون الإثبات مسألة أتعاب الخبير اهتماما كبيرا حيث خصص لها المواد من ١٥٧ إلى ١٦٢. ويعد ذلك إقرارا من المشرع بحق الخبير في الأتعاب نظير الأعمال التي يؤديها لخدمة العدالة. وقد بينت المادة ١٥٧ كيفية تقدير أتعاب الخبير حيث نصت على أن " *تقدير أتعاب الخبير ومصروفاته بأمر يصدر على عريضة من رئيس الدائرة*

---

[1]- المستشار/ عز الدين الديناصوري و الأستاذ/ حامد عكاظ : المرجع السابق – ص ١٣٩٢-١٣٩٣ ، د/ نبيل ابراهيم سعد ، د/ همام محمد محمود زهران : المرجع السابق – ص ٣٥٧.

٢- المادة /٩ من قانون الإثبات المصري.

التي عينته أو قاضي محكمة المواد الجزئية الذي عينه بمجرد صدور الحكم في موضوع الدعوى. فإذا لم يصدر هذا الحكم في ثلاثة الأشهر التالية لإيداع التقرير لأسباب لا دخل للخبير فيها قدرت أتعابه ومصروفاته بغير انتظار الحكم في موضوع الدعوى" .

ويستفاد من هذا النص أن تقدير أتعاب الخبير لا يتم إلا بناء على طلب يتقدم به الخبير أو أحد الخصوم. ويتم تقدير هذه الأتعاب بموجب أمر على عريضة تصدره الجهة التي عينت الخبير. ولا يسقط الحق في أتعاب الخبير إلا بعد انقضاء ١٥ سنة على استحقاقها حيث أنها تعد جزء لا يتجزأ من مصاريف الدعوى. ويستقل قاضي الموضوع بتقدير أتعاب الخبير طالما أخذ في اعتباره العناصر اللازمة لذلك. ويجوز لمحكمة الاستئناف تعديل هذا التقدير دون بيان أسباب هذا التعديل [١].

وإذا جاء تقدير أتعاب الخبير مجحفا بحقوق الخبير أو الخصوم جاز لكل منهم التظلم من هذا التقدير خلال الثمانية أيام التالية لإعلانه [٢] بهذا التقدير على يد محضر. ويجب أن يكون للمتظلم مصلحة في التظلم وهذه المصلحة تتوافر في جانب الخبير أو الخصم الذي طلب ندبه أو الخصم الذي يتحمل العبء النهائي لأتعاب الخبير . لأن أمر تقدير الأتعاب يكون واجب التنفيذ في حق كل منهم [٣]. وقد أكدت محكمة النقض المصرية على ذلك المعنى حين قررت أنه إذا كان الثابت من الحكم الابتدائي أنه ألزم الشركة المطعون عليها بأن تدفع للطاعن – الخبير المتظلم – باقي أتعابه ومصاريفه، مما مفاده أن للطاعن أن ينفذ

١- نقض ١/٦/١٩٧١- س٢٢ – ص ٧١٦.

٢- المادة ١٥٩ من قانون الإثبات المصري.

٣- المستشار/ عز الدين الديناصوري و الأستاذ/ حامد عكاز : المرجع السابق - ص ١٣١٥ والمرجع المشار إليه.

المتظلم – باقي أتعابه ومصاريفه، مما مفاده أن للطاعن أن ينفذ ضدها بالمبلغ المقضي به ، وكان الحكم المطعون فيه قد قضى برفض الدفع بعدم قبول الاستئناف تأسيسا على هذا، وعلى أن للشركة المطعون عليها مصلحة احتمالية ، إذ قد لا يوجد لدى المحكوم عليهم في دعوى الموضوع من الأموال ما يمكن معه للشركة المذكورة من الرجوع عليهم بأتعاب الطاعن ، وكانت المصلحة المحتملة تكفى لرفع الطعن ، فإن النعي على الحكم بالخطأ في تطبيق القانون والفساد في الاستدلال بهذا السبب يكون على غير أساس [١].

ولكي يتم قبول التظلم من الخصم فإنه يجب أن يقوم هذا الأخير إلا إذا سبقه إيداع المبلغ الباقي من المبلغ المقدر خزانة المحكمة مع تخصيصه لأداء ما يستحقه الخبير [٢]. وفيما يتعلق بكيفية التظلم من أمر تقدير الأتعاب فإنه يتم عن طريق تقرير في قلم كتاب المحكمة. ويترتب على رفع التظلم وقف تنفيذ أمر التقدير. ويتم نظر التظلم في غرفة المشورة بعد تكليف الخبير والخصوم بالحضور بناء على طلب قلم الكتاب قبل نظر التظلم بثلاثة أيام. وإذا كان الحكم الصادر بشأن الإلزام بمصروفات الدعوى قد صار نهائيا فإنه لا يختصم في التظلم من لم يطلب تعيين الخبير ومن لم يحكم عليه بالمصروفات [٣]. وبناءا على المادة ١٦٢ من قانون الإثبات فإنه إذا حكم في التظلم من أمر تقدير أتعاب الخبير بتخفيض هذه الأتعاب جاز للخصم أن يحتج بهذا الحكم على خصمه الذي يكون قد أدى للخبير ما يستحقه على أساس أمر التقدير دون الإخلال بحق هذا الخصم في الرجوع على الخبير لاسترداد الجزء الذي تم تخفيضه من الأتعاب.

١- نقض ١٩٧١/٦/١- س٢٢ - ص٧١٦.

٢- المادة ١٦٠ من قانون الإثبات.

٣- المادة ١٦١ من قانون الإثبات.

الفصل السادس

البينة

لا يختلف مفهوم البينة أو شهادة الشهود في الفقه القانوني عنـــة في المفهوم الشرعي لها[١] فهي إخبار الإنسان في مجلس القضاء بواقعـــة صدرت عن يترتب عليها حق لغيره[٢] وبعبارة أخرى قيام شـــخص مـــن غير أطراف الخصومة بالإخبار في مجلس القضاء بما يعرفه عن واقعـــة ترتب حقاً لطرف في مواجهة الآخر. والشهادة هي مـــا أطلـــق عليـــها جمهور العلماء المسلمين وأيضاً الفقه الوضعي اصطلاح البينة[٣]. والواقـــع أن البينة هي اسم لكل ما أبان الحق وأظهره، وهذا هو معناها العـــام، أي تطلق على الشهادة وغيرها، أما إطلاق البينة على الشهادة وحدهـــا، وإن

---

[١] -الشهادة عند الأحناف هي " إخبار صدق لإثبات حق بلفظ الشهادة في مجلس القضاء ولو بـــلا دعوى" أو هي " إخبار بصحة الشيء عن مشاهدة وعيان لا تخمين وحسبان، وهي من المشـــاهدة والمعاينة" وقد وافق الشافعية الأحناف في تعريفهم للشهادة، فهي عند الشافعية " إخبار عن شـــئ بلفظ خاص أو إخبار بحق للغير على الغير بلفظ أشهد". وقال بعضهم بأنها " إخبار صادق ممـــن يقبل قوله بحق للغير على الغير بمجلس القضاء أما المالكية ، فقد عرفوها بأنها الإخبار عن تعلـق أمر معين يوجب عليه حكماً. أما الحنابلة فقد عرفوها بأنها " حجة شرعية يظهر الحق ولا توجيه، وهي الأخبار بما علمه بلفظ خاص"

[٢] – د/ عبد المنعم الصدة : المرجع السابق– ٢٢٩.

[٣] ثبت مشروعية الشهادة بالكتاب لقوله تعالي : (واستشهدوا شهيدين من رجالكم) البقرة آية ٢٨٢). وقوله تعالى : (وأشهدوا ذوي عدل منكم وأقيموا الشهادة لله) (سورة الطلاق آية ٢) . وكذلك بالسنة النبوية لقوله صلى الله عليه وسلم (البينة على المدعي واليمين على من أنكر) وأيضاً (ألا أخبركم بخير الشهداء : الذي يأتي شهادته قبل أن يسألها كما تثبت الشهادة بإجماع أهل العلم من أصحاب الرسول صلى الله عليه وسلم عليها واعتبارها لأن الحاجة داعية إليها لحصول التجاحد بين الناس توجب الرجوع إليها. وتحمل الشهادة وأداؤها فرض على الكفاية ، فإذا قام بها من يكفي سقط عن الباقين وأن لم يقم بها من يكفي بقيت على من وجد لقوله تعالى : (ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فإنه إثم قلبه).

كان يتعارض مع المعنى اللغوي للكلمة، فإنه لا يعدو أن يكـــون معنـــى خاصاً لها[١].

المبحث الأول
أنواع الشهادة

الأصل أن تكون شهادة الشهود مباشرة فيقرر الشاهد في مجلـــس القضاء ما وقع تحت سمعه وبصره مباشرة، كمن يشـــاهد واقعـــة مـــن الوقائع فيقرر أمام القضاء ما شاهده أو ما وقع من الغير أمامه. فهو يقرر واقعة صدرت من غيره. ويترتب عليها حق لغيره. وإذا كان الغـــالب أن تكون الشهادة مباشرة، فقد تكون غير مباشرة أو سماعية وفي هذه الحالـــة لا يشهد الشخص بما رآه أو سمعه مباشرة وإنما يشهد بما ســـمع روايـــة عن الغير، فيشهد أنه سمع شخصاً يروي واقعة معينة. وبطبيعـــة الحـــال تعتبر الشهادة غير المباشرة أقل من الشهادة الأصلية المباشـــرة، ويقـــدر القاضي قيمتها في الإثبات، فقد يراها تعادل الشهادة الأصلية في القيمـــة، إلا أن الغالب أن تكون الشهادة السماعية دون شهادة الأصل مـــن حيـــث اقتناع القاضي بها [٢].

وقد عن طريق التسامع فلا يروي الشـــاهد أنـــه رأى أو ســـمع مباشرة ولا أنه سمع عن طريق شخص معين، وإنما يشهد بما يتســـامعه الناس عن الواقعة. فالشهادة تنصب هنا على الرأي الشائع بين الناس عـن الواقعة المراد إثباتها. ولما كان من العسير تحري وجه الصحة بالنســـبة لهذا النوع من الشهادة، فإنها لا تلقى قبولاً وخاصة في المسائل المدنيـــة،

---

١ - د/ السنهورى : المرجع السابق- ٤١٠.

٢ - د/ عبد المنعم الصدة : المرجع السابق- ص ٢٣١.

وأن كان القضاء قد قبلها في المسائل التجارية على سبيل الاستئناس . ولكن الفقه الإسلامي يقبل هذا النوع من الشهادة في حالات معينة، مثل الشهادة بالنسب وبالموت ، وبالنكاح وبالدخول، وغيرها ، على اعتبار أن الأصل في تحمل الشهادة هو معاينة الشاهد للشهود به بنفسه لا بغيره.

وهناك أيضا الشهادة بالشهرة العامة، فيقوم الموظف بتدوين هذه الوقائع في ورقة تعد دليلاً عليها. ومثالها إعلام الوراثة ومحضر حصر التركة وتقرير بغيبة المفقود، فهي أوراق رسمية تدون فيها أسماء الورثة أو أعيان التركة أو واقعة الغياب بناء على شهادة طائفة من الناس لما عرفوه عن طريق الشهرة العامة. والشهادة بالشهرة العامة لا تعتبر شهادة بالمعنى الصحيح، ومن ثم فلا تقبل إلا في المسائل المنصوص عليها، أما في غيرها، فلا تكون مقبولة ، وأن أمكن الاستئناس بها فيما يجوز إثباته بالشهادة.

و للقاضي سلطة واسعة في تقدير الإثبات بشهادة الشهود، وهذه السلطة تفوق كثيراً ما له من سلطة تقدير بالنسبة إلى الكتابة. " فبينما يعتبر الدليل الكتابية، تفريعاً على تهيئة، حجة بذاته، فيفرض سلطانه على القضاء ما لم يطعن فيه بالتزوير أو ينقض بإثبات العكس، تترك البينة على نقيض ذلك لتقدير القاضي، ويكون له كامل السلطة في تقدير قيمتها، أيا كان عدد الشهود وأيا كانت صفاتهم، دون أن يخضع في تقديره هذا لرقابة محكمة النقض. وسلطة القاضي في هذا الصدد تبدو في أنه ينظر أولاً فيما إذا كان الإثبات بشهادة الشهود، في الأحوال التي يجيز فيه القانون ذلك، ممكنا أم لا، ثم هو ينظر بعد ذلك فيما إذا كانت الوقائع المراد إثباتها بشهادة الشهود متعلقة بالحق المدعي به ومنتجة في الإثبات،

كما أنه يقدر ما إذا كانت الشهادة التي سمعها مقنعة في الإثبات أم لا. وفي كل ذلك لا يتقيد القاضي بعدد الشهود ولا بصفاتهم الشخصية. فتقدير أقوال الشهود من سلطة قاضي الموضوع، والمرجع في مدى اطمئنانه إلى أقوالهم هو وجدانه. ومن أجل هذا لا يلتزم القاضي ببيان سبب ترجيحه شهادة شاهد على الآخر. ومن حقه أن يطرح ما لا يطمئن إليه من هذه الأقوال.

المبحث الثانى
شروط البينة

البينة كدليل من أدلة الإثبات هي الإخبار الصادق أمام القضاء بلفظ الشهادة بحق للغير على الغير[١] ولهذا يجب لاعتبارها كذلك أن تتوافر الشروط التالية :

الشرط الأول : أن تتم في مجلس الحكم أو القضاء: ويسوى بعد ذلك أكانت أمام المحكمة ذاتها التي تنظر الدعوى موضوع الشهادة بكامل هيئتها، أم أمام أحد قضائها التي ندبته لذلك، أو حتى أمام قاضي آخر في حالة الضرورة. لكل شهادة تسمع في غير مجلس القضاء لا تصلح أن يقام الحكم عليها ولو أديت أمام خبير منتدب في الدعوى، حتى لو حلف الخبير الشهود إلا إذا اعتبرت المحكمة الشهادة مجرد قرينة قضائية.

الشرط الثانى : **أن يتم أدائها شفاهه:** فلا يمكن أن تؤدي كتابة، إلا أن يستعين الشاهد بمذكرات مكتوبة ما لم تأذن المحكمة له وكانت ظروف

---

(١) استقر القضاء على أنه يخرج عن الشهادة الإخبار الكاذب والإخبار غير الصادق في غير مجلس الحكم أو الخالي من ذكر الشهادة نقض ١٩٧٨/٥/٣١ س ٢٩ ص ١٩٨٣ ، ١٩٦٦/٣/٢٣ س ١٧ –ص ٦٦.

الدعوى تجيز ذلك وذلك لما يدل عليه من عدم حقيقة الشهادة، وذلك ما لم يكن الشاهد أبكم أو أخرس فيمكن تأديتها كتابة أو إشارة.

الشرط الثالث : أن يكون مضمونها إخبار بحق للغير وعلى غير الشاهد. فإن تضمنت اعترافاً بحق للغير على الشاهد اعتبرت إقراراً وليست شهادة.

***مدى وجوب أن تكون الشهادة بلفظ أشهد :**

يعرف جمهور الفقهاء الشهادة على أنها بلفظ خاص هو الشهادة أو أشهد، مما يؤدي عقلاً إلى القول بأن ذلك شرطاً لصحتها، ومن ثم فلا تقبل بدونه، وإن اشتملت على ما يفيد العلم واليقين. وإلا أن البعض ذهب إلى أنه طالما لم يرد في الكتاب أو السنة أو حتى القياس ما يفيد اشتراط أن يكون الأداء بلفظ الشهادة. وعلى هذا ، فإن لفظ يفيد ما يفيده لفظ الشهادة في تأكيد علم الشاهد بما يدلي به بلا شك أو تردد. فلا بأس من استخدامه طالما أن الشاهد يحلف اليمين وقبل الإدلاء بأن يقول الحق.

الشرط الرابع : تمتع الشاهد بأهلية الشهادة : اهتم فقهاء الإسلام بالشاهد وما يجب أن يتوافر فيه من شروط، على اعتبار أن الشهادة هي أهم الطرق عندهم التي تثبت بها الجرائم، والحقوق كافة أيا كانت قيمتها وأيا كان نوعها. لهذا تطلب الفقهاء توافر شروط معينة، على اختلاف بينهم في شأنها، على أن أهم هذه الشروط هي أن يكون بالغاً عاقلاً مسلماً عدلاً بالإضافة إلى شروط أخرى ذكرها الفقهاء افاضوا في بيانها. وذلك بعكس القانون، فإنه إن اهتم بأحكام الشهادة – حجيتها ونطاقها في الإثبات – دون أن يهتم بما يجب أن يتوافر في الشاهد من شروط، واقتصر على تحديد أهلية الشهادة بسن معينة. وفي هذا تنص المادة ٦٤ إثبات على : *"لا يكون أهلاً للشهادة من ما لم تبلغ سنة خمس عشرة سنة، على أنه*

يجوز أن تسمع أقوال من لم يبلغ هذا السن بغير يمين على سبيل الاستدلال[(١)]. ويلاحظ أن المشرع قد يمنع قبول شهادة من اتصل علمهم بالواقعة المشهود بها بحكم وظيفتهم أو مهنتهم أو عملهم، فالمؤتمنون على أسرار بحكم مهنتهم، كالأطباء أو المحامون وغيرهم، لا يجوز لهم إفشاؤها، وبالتالي لا تقبل شهادتهم أمام القضاء بشأنها إلا إذا أذن بذلك صاحب السر. وكذلك المر بالنسبة لأمور الزوجية بغير رضاء الطرف الآخر ولو بعد انتهاء الحياة الزوجية[(٢)]. وكذلك لا تقبل شهادة الموظفين أو المكلفين بخدمة عامة ولو بعد تركهم العمل فيما يكون قد وصل إلى علمهم أثناء قيامهم به من معلومات تنشر بالطريق القانوني ولم تأذن السلطة المختصة في إذاعتها.

***نصاب الشهادة:** في نصاب الشهادة في الفقه الإسلامي هناك قاعدة عامة هي شهادة رجلين أو رجل وامرأتين لقوله تعالى : (استشهدوا شهدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء) . إلا أن هناك وقائع أخرى يتم إثباتها استثناء بالشهادة بنصاب يزيد أو ينقص عن ذلك النصاب المحدد في القاعدة العامة[(٣)]. وإذا حدد الشرع الإسلامي للشهادة نصاباً معيناً ، وجب استيفاء هذا النصاب، بحيث لا يمكن إثبات الواقعة القانونية – محل التداعي – بشهادة غير مكتملة

---

(١) الحكم بعقوبة جنائية على الخصم يحرمه من الشهادة أمام القضاء (م ٢٥ من قانون العقوبات التي تنص على حرمان المحكوم عليه بعقوبة جنائية من الشهادة أمام المحاكم إلا على سبيل الاستدلال. كما اعتبر القانون انعدام التمييز لأي سبب من الأسباب – هرم – ، حداثة ، مرض . لأي سبب آخر – سبباً لعدم الأهلية للشهادة (م ٨٢ إثبات)

(٢) إلا إذا رفع أحدهما دعوى على الآخر أو أقيمت الدعوى على إحداهما بسبب خيانة أو جنحة وقعت منه على الآخر . (م ٦٧ ثبات)

(٣) فمثلاً وقائع الزنا واللواط يتم إثباتها بأربعة رجال، أما إدعاء الفقر ممن عرف بالغنى فنصابه ثلاثة رجال، كما أن هناك من الأمور ما يكون النصاب فيها شهادة رجل واحد مع يمين أو بدون يمين، مثل النصوب والإقرار بمال والقرض، وشهادة الطبيب أو الخبير.

النصاب لأنها في هذه الحالة لا تعد دليلاً كاملاً في الإثبات ، وإنما يلــزم تكملتها بأدلة أخرى مثل اليمين المكملة أو بعض القرائن القضائية.

ومن جانبه فان المشرع المصري لم يحدد فـي نصابـاً معينـاً للشهادة في أي واقعة من الوقائع ، وإنما تـرك الأمـر لمطلـق تقديـر القاضي، فلا يتقيد القاضي بعدد الشهود ولا بجنسهم ولا حتى بسنهم فقـد يقنعه شاهد واحد. ولا يقنعه شاهدان أو أكثر. إلا أنـه بالنسـبة لمسـائل الأحوال الشخصية والتي تحكمها قواعد الشريعة، فإنها تظل محكومة فـي إثباتها بالمقرر في الفقه الإسلامي ومن ثم يلزم إثباتها الشهادة بنصابـها المحدد [١].

الشرط الخامس : موافقة الشهادة للدعوى : يجب لصحة الشهادة كدليـل في الدعوى أن تكون مطابقة للدعوى خصوماً وموضوعاً وسـبباً، فـإن خالفتها فلا تقبل، وفي ذلك يقال أنها، أي الشهادة، يجب ألا تكون بخـلاف المحسوس ، والمحسوس هو الشيء الـذي يـدرك بـالحواس الخمـس وبالمشاعر الظاهرة، وهذا هو ما استقر عليه القضاء المصري إذ تطلـب لقبول الشهادة أن تكون مطابقة للدعوى، فإن خالفتها فلا تقبل. وذلك بـألا تكذبها الأمور المحسوسة أو تخرج عن الوقائع الثابتة[٢]وهذا يقتضـي أن يكون الشاهد عالماً بالمشهود به، ذاكراً له وقت الأداء، موضحاً صـاحب الحق ومن عليه الحق والحق المشهود به نفسه[٣].

---

(١) هذا ما استقر عليه النقض المصـوي ١٩٧٢/١٢/١٣ س ٢٣ –ص ١٣٧٧، ١٩٦٣/١/٢ س ١٤–ص ٣٢، وطبقته في العديد من أحكامها من ضرورة التعدد في الشهادة لإثبات النسـب. ١٩٧٦/١٢/٢٩ ص ٢٧ ص ١٨٣٤، ١٩٧٦/١١/١٤ – س ٢٧ – ص ١٦٣٦.

(٢) نقض مدني ١٩٧٨/١١/٢٩– س ٢٩– ص ١٨٢٦.

(٣) نقض ١٩٨١/١/١٦ – س ٣٢ – ص ١٦٣٦.

المبحث الثالث

الحالات التي يجوز فيها الإثبات بالبينة

بينت المواد ٦٠-٦٣ من قانون الإثبات أنه يجوز الإثبات بشهادة الشهود في نوعين من الحالات : الأولى حالات يجوز فيها الإثبات بشهادة الشهود بحسب الأصل، وهذه الحالات يمكن أن نستخلصها من المادة ٦٠ وهي: ١- الوقائع المادية. ٢- التصرفات التجارية ٣- التصرفات المدنية التي لا تزيد قيمتها على خمسمائة جنيه. أما الحالات الثانية فهي حالات يجوز فيها الإثبات بشهادة الشهود استثناء حيث كانت الكتابة هي في الأصل وسيلة إثباتها. وهذه الحالات نصت عليها المادتين ٦٢، ٦٣ وهي : ١- وجود مبدأ ثبوت بالكتابة ٢- وجود مانع يحول دون الحصول على دليل كتابي ٣- فقد السند الكتابي بسبب أجنبي لا يد للدائن فيه.

الحالات التي يجوز فيها الإثبات بالبينة أصلا

يجوز الإثبات بالبينة بصفة أصلية في ثلاث حالات هي :

الحالة الأولى : الوقائع المادية:

تنقسم الوقائع القانونية إلى تصرفات قانونية ووقائع مادية، والأصل في التصرفات القانونية هو الإثبات بالكتابة، بينما يجوز إثبات الوقائع المادية بطرق الإثبات كافة ومنها الشهادة، وذلك لأن الوقائع المادية يصعب في كثير من الحالات تهيئة الدليل الكتابة مقدماً لإثباتها، فضلاً عن أن الوقائع المادة لا تعد تعبيراً عن إرادة إنسان ما حتى يتطلب لإثباتها أن يكون مظهرها ناتجاً عن صاحبها، ولهذا كان الأصل في إثبات الوقائع المادية أن يتم بكل طرق الإثبات ومنها الشهادة أو البينة.

والأعمال المادية كثيرة ومتنوعة، منها ما يكون مصدراً للالتزام كالفعل غير المشروع أو الفعل النافع كالبناء والغراس والجوار والقرابة في الالتزامات القانونية، ومنها ما يكون سبباً لاكتساب الحقوق العينية كالميلاد والوفاة في الميراث، والحيازة والاستيلاء والبناء في الالتصاق، والجوار في الشفعة، ومضي المدة في التقادم. ومنها ما يحدث آثاراً قانونية أخرى مثل استعمال الحق بعد تركه، وانتزاع الحيازة في قطع التقادم، وكذلك الإكراه أو الغلط أو التدليس أو الاستغلال.

و قد تكون الواقعة مختلطة يقوم فيها العمل المادي بجانب العمل القانوني، كالوفاء والإقرار وهذا النوع من الوقائع يأخذ إثباته حكم التصرفات القانونية بعكس الوقائع المركبة، كالشفعة التي تتكون من جملة وقائع هي الجوار كواقعة مادية ويجوز إثباته بكل الطرق، وبيع العين المشفوع فيها وهي واقعة قانونية بالنسبة لأطرافها ومادية بالنسبة للغير ومنهم الشفيع ومن ثم يجوز له إثباته بكل الطرق، وإرادة الأخذ بالشفعة وهو تصرف قانوني لا يتم إثباته إلا بالكتابة[1].

الحالة الثانية : التصرفات أو المعاملات التجارية :

تخرج التصرفات القانونية التجارية من قاعدة وجوب الإثبات بالكتابة ولو زاد قيمتها على النصاب المقرر حتى لو كانت ثابتة بالكتابة، فيجوز إثبات ما يخالفها بالشهادة. ويرجع السبب في ذلك إلى أن التجارة لا تطيق الانتظار لما يقتضيه التعامل التجاري من سرعة وما يستلزمه من بساطة وقصر ما يستغرقه من تنفيذ والقانون التجاري وفقهه هما اللذان يحددان التصرفات التجارية متى تعتبر ومتى لا تعتبر. فالعبرة في الإثبات إذن هي بطبيعة التصرف وصفة الخصوم بغض النظر عن

---

[1] د. السنهوري : الوسيط جـ ٢ ص ٤٨٣ – د. الصدة : الإثبات – ص ٢٣٦ .

المحكمة المختصة. فقد يقع التصرف بين شخصين ويعتبر بالنسبة لكل منهما تصرفاً مدنياً، ومن ثم يخضع في إثباته لقواعد إثبات التصرفات المدنية ولو كانا تاجرين والعكس صحيح. إذ قد يكون التصرف تجارياً بالنسبة إلى كل منهما فيكون إثباته بالطرق كافة جائزاً. وقد يكون التصرف تجارياً بالنسبة لخصم ومدنياً بالنسبة للخصم الآخر. فيكون الإثبات بالطرق كافة جائزاً بالنسبة لمن كان التصرف تجارياً بالنسبة له.

الحالة الثالثة : التصرفات القانونية المدنية التي لا تجاوز نصاباً معيناً:

إذا كانت القاعدة أن التصرفات القانونية غير محددة القيمة أو التي تزيد قيمتها عن ٥٠٠جنية لا تثبت إلا بالكتابة فان ذلك يعني أن التصرفات المدنية التي لا تجاوز قيمتها هذا الحد.مع ملاحظة أن المشرع قد يتطلب الكتابة لإثبات بعض التصرفات المدنية ولو لم تزد قيمتها على ٥٠٠ جنيه[١].

المبحث الرابع
إجراءات الإثبات بالبينة

أولا : طرق الإثبات بالبينة :

يجب على الطرف الذي يريد الإثبات بالبينة عند توافر شروطها وحالاتها أن يقدم طلبه بذلك كتابة أو شفاهه في الجلسة، وأن يبين فيه الوقائع التي يريد إثباتها، وذلك لكي تتبين الوقائع التي يجوز إثباتها بشهادة الشهود، والوقائع التي لا يجوز فيها ذلك، والوقائع الأخرى التي تكفي مستندات الدعوى في إثباتها دون حاجة لإجراء تحقيق. فإذ قدم الطلب نظرته المحكمة المرفوعة أمامها الدعوى، فإذا قبلته حكمت بإحالة

---

(١) – كما في عقد الكفالة وعقد الصلح.

الدعوى إلى التحقيق. ويلزم لإجابة طلب الإثبات بشهادة الشهود توافر شروط ثلاثة:

الشرط الأول : أن تكون الوقائع المطلوب إثباتها مما يجوز إثباته بشهادة الشهود، وفقاً للأحكام العامة في قانون الإثبات.

الشرط الثانى : أن تتوافر في الوقائع المطلوب إثباتها، الشروط التي يتطلبها القانون في الواقعة محل الإثبات، بأن تكون متعلقة بالدعوى. ومنتجة فيها، وجائزة قبولها.

الشرط الثالث :ألا ترى المحكمة داعياً للتحقيق، لأن الدعوى بها من الأدلة الأخرى ما يكفي لتكوين عقيدتها. وعلى ذلك يمكن للمحكمة رفض الإثبات بشهادة الشهود، ولو كانت الوقائع المطلوب إثباتها مما يجوز إثباته بالشهادة وكانت متعلقة بالدعوى ومنتجة فيها، وذلك إذا لم ترى المحكمة فائدة من التحقيق، بأن كان في أدلة الدعوى الأخرى، ما تبينت منه المحكمة أن الحق ثابت في جانب أحد الخصوم[١]. ويستفاد هذا الشرط بمفهوم المخالفة من المادة ٧٠ إثبات التي تقضي بأن المحكمة من تلقاء نفسها أن تأمر بالإثبات بشهادة الشهود في الأحوال التي يجيز فيها القانون الإثبات بشهادة الشهود ، متى رأي في ذلك فائدة للحقيقة، إذ يستفاد من هذا النص إذا لم تر المحكمة في الإثبات بشهادة الشهود فائدة للحقيقة كان لهذا أن ترفض الإثبات ويجب عليها أن تبين في حكمها

---

(١) قضت محكمة النقض بأن " طلب إجراء التحقيق ليس حقاً للخصوم، وإنما هو من الرخص التي تملك محكمة الموضوع عدم الاستجابة إليها متى وجدت من أوراق الدعوى ومستنداتها ما يكفي لتكوين عقيدتها دون أن تلتزم بيان سبب الرفض" نقض مدني ١٩٧٦/٣/٣١ مجموعة الحكام -س ٢٧ -ص ٨٢٣ .

الأسباب التي اعتمدت عليها في رفض هذا الطلب[١]. فإذا لم تتوافر الشروط الثلاثة السابقة، كان للمحكمة أما عن تلقاء نفسها أو بناء على طلب الخصم، أن ترفض الإثبات بالبينة.

ولا يلزم أن يكون الإثبات بالبينة دائماً بناء على طلب من له مصلحة من الخصوم بأن للمحكمة أن تأمر بذلك من تلقاء نفسها، وأكدت المادة ٧٠ بقولها" *للمحكمة من تلقاء نفسها أن تأمر بالإثبات بشهادة الشهود في الأحوال التي يجيز فيها القانون الإثبات بشهادة الشهود متى رأت في ذلك فائدة للحقيقة*" وتضيف المادة ٧٠ أن للمحكمة في جميع الأحوال كلما أمرت بالإثبات بالشهادة الشهود أن تستدعي للشهادة من ترى لزوماً لسماع شهادته إظهاراً للحقيقة، ويقصد بجميع الأحوال أن للمحكمة هذا الحق سواء كان الإثبات بشهادة الشهود بناء على طلب الخصم، أم أمرت به المحكمة من تلقاء نفسها. وقد أراد المشرع بذلك تأكيد الدور الإيجابي للقاضي، ومنحه مزيداً من الفاعلية في توجيه الدعوى حتى يتمكن من تحري الحقيقة واستخلاصها غير مقيد في ذلك بمسلك الخصوم الذي تمليه عليهم مصلحة كل منهم الخاصة في الإثبات.

ثانيا : الحكم في طلب الإثبات بالبينة :

عندما تتبين المحكمة أن الوقائع المطلوب إثباتها متعلقة بالدعوى ومنتجة فيها وجائزاً قبولهما، ولم يكن في الأدلة الأخرى ما يكفي لتكوين إقناعها، حكمت بالإثبات بشهادة الشهود. وتقضى المادة ٧١ من قانون

قضت محكمة النقض بأن في دعوى إخلاء العين لتحلي المستأجر للغير- طلب المستأجر إحالة الدعوى في التحقيق لإثبات علم المؤجر بوجود الغير معه في المحل التجاري – غير منتج – لوجوب موافقة المؤجر على ذلك بإذن كتابي صريح" نقض مدني ١٩٧٩/١٠/٢٠ مجموعة الأحكام س ٣٠ ص ١٧٦.

الإثبات بأن على المحكمة أن تبين في منطوق الحكم كل واقعة من الوقائع المأمور إثباتها، وإلا كان باطلاً، وذلك حتى تكون الوقائع المطلوب إثباتها مبينة بالدقة لينحصر فيها التحقيق، وليعلم كل خصم ما هو مكلف بإثباته أو نفيه. كما تقرر المادة ٧١ أنه يجب أن يبين في الحكم اليوم الذي يبدأ فيه التحقيق والميعاد الذي يجب أن يتم فيه ولكن لا يترتب البطلان على عدم تحديد الحكم لليوم الذي يبدأ فيه التحقيق ويوم انتهائه فإذا صدر الحكم دون هذا التحديد فإنه لا يكون باطلاً[١] وإنما يكون للخصوم أن يطلبوا تحديده من المحكمة أو من القاضي المنتدب للتحقيق أن يحدد هذا الميعاد من تلقاء نفسه. والمفروض أن ينتهي التحقيق في الميعاد الذي حدده الحكم الصدر بإجرائه.

وتجيز المادة ٧٤ الخصوم أن يطلبوا من المحكمة أو من القاضي المنتدب مد الميعاد. ويفصل في هذا الطلب على الفور بقرار يثبت في محضر الجلسة. وقرا المحكمة في الطلب لا يجوز الطعن فيه بأي طريق في قرار المحكمة، ولا يجوز للمحكمة ولا للقاضي المنتدب مد الميعاد لأكثر من مرة واحدة. ولما كان الحق في الإثبات[٢] يقتضي أن يتاح لكل خصم أن يفند ما يقدمه الخصم الآخر من الأدلة، فإنه يترتب على ذلك أنه إذا أذنت المحكمة لأحد الخصوم بإثبات واقعة بشهادة الشهود فإن ذلك يقتضي أن يكون الخصم الآخر الحق في نفيها بهذا الطريق. وقد قررت هذا صراحة المادة ٦٩ إثبات. ولكن ذلك يصر على الوقائع التي أمرت المحكمة بإثباتها. ولا يباح للخصم أن يثبت بالشهادة غيرها من الوقائع.

---

(١) نقض مدني ١٩٧٦/٣/١٠ مجموعة أحكام – س ٢٧ –ص ٥٩٢ .

(٢) د. عبد الودود يحي : الإثبات –ص ١٢٠.

ثالثا : دعوة الشاهد للحضور: يحضر الشهود في اليوم المحدد للجلسة إما بناء على دعوة الخصوم لهم، أو بناء على إعلان من المحكمة قبل التاريخ المعين لسماعهم بأربع وعشرين ساعة على الأقل عدا مواعيد المسافة، ويجوز في أحوال الاستعجال نقص هذا الميعاد وتكليف الشاهد، بالحضور ببرقية من قلم الكتاب بأمر من المحكمة، أو من القاضي المنتدب فإذا لم يحضر الخصم شاهده، أو لم يكلفه بالحضور في الجلسة المحددة، قررت المحكمة أو القاضي المنتدب إلزامه بإحضاره، أو بتكليفه بالحضور لجلسة أخرى ما دام الميعاد المحدد لإتمام التحقيق لم ينقضي فإن لم يفعل سقط الحق في الاستشهاد به. فإذا كلف الشاهد بالحضور تكليفاً صحيحاً، ولم يحضر، حكمت عليه المحكمة أو القاضي المنتدب لتحقيق حكماً غير قابل للطعن بغرامة مائتا قرش ويثبت الحكم في المحضر.

وتأمر المحكمة بإعادة تكليف الشاهد بالحضور إذا كان لذلك مقتضى، وتكون عليه مصروفات التكليف، فإذا تخلف حكم عليه بضعف الغرامة. ويجوز للمحكمة أ القاضي إصدار أمر إحضاره، سواء بعد تخلفه عن المرة الأولى أو عند تخلفه للمرة الثانية. وتقرر المادة ٧٩ أنه يجوز للمحكمة أو القاضي المنتدب إقالة الشاهد من الغرامة المحكوم بها عليه إذا حضر وأبدى عذراً مقبولاً وإذا حضر الشاهد وامتنع بغير مبرر قانوني عن أداء اليمين أو الإجابة، حكم عليه بغرامة تجاوز عشرة جنيهات، ويكون الحكم غير قابل للطعن. وإذا كان للشاهد عذر يمنعه عن الحضور جاز أن ينتقل إليه القاضي المنتدب للتحقيق لسماع أقواله. فأن كان التحقيق أمام المحكمة جاز لها أن تنوب أحد قضائها لذلك.

رابعا : كيفية أداء الشهادة

يحضر الشهود في اليوم المحدد للتحقيق ويقومون بأداء الشهادة أمام المحكمة أو القاضي المنتدب، ويجب على الشاهد قبل أن يبدأ شهادته بأن يذكر اسمه ولقبه ومهنته وسنه وموطنه، وأن يبين قرابته أو مصاهرته ودرجتها إن كان قريباً أو صهراً لأحد الخصوم، ويبين كذلك إن كان يعمل لدى أحدهم. كما يجب أن يحلف يميناً بأن يقول الحق وألا يقول إلا الحق ويكون الحلف على حسب الأوضاع الخاصة بديانة الشاهد إن طلب ذلك، فإن لم يحلف كانت شهادته باطلة. ويعفى من اليمين من لم يبلغ سنة خمس عشر سنة وهو في الأصل غير أهل للشهادة. ولكن المادة ٦٤ تجيز سماع أقواله بغير يمين على سبيل الاستدلال. وفي هذا قضت محكمة النقض[١] يكفي لصحة الداء في الشاهد البلوغ- فلا يصح أداء الصبي وإن كان عاقلاً – أخذ بأن في الشهادة معنى الولاية على المشهود عليه، لأن بها لحق ويحكم عليه به، والصبي لا ولاية على نفسه، فلا ولاية له على غيره من باب أولى.

فإذا حلف الشاهد يمين، فإنه يؤدي شهادته، وهو يؤديها على انفراد بغير حضور باقي الشهود الذين لم تسمع شهادتهم كما أنه يؤديها شفاهه ولا يجوز له الاستعانة بمفردات مكتوبة إلا بإذن المحكمة أو القاضي المنتدب وحيث تسمح ذلك طبيعة العلاقة. فإذا كان الشاهد غير قادر على الكلام فإنه يؤدي الشهادة وإن أمكن أن يبين مراده بالكتابة أو بالإشارة. ومع أن المادة ٨٥ تنص على أن يجب على الشاهد أن يبين درجة قرابته، إن كان قريباً أو صهراً لأحد الخصوم، فإن القانون لا يجيز رد الشاهد في هذه الحالة مهما كانت علاقته بالخصوم طالما أن الخصم أن

---

(١) نقض مدني ١٩٧٩/١/١ مجموعة الأحكام س ٣٠ – ص ١٧٦.

يفند شهادة الشاهد، وطالما أن للمحكمة الكلمة الأخيرة في تقدير قيمة الشهادة. ولا يجيز القانون رد الشاهد إلا إذا كان غير قادر على التمييز بسبب هرم أو حداثة أو مرض أو لأي سبب آخر.

وتكون الشهادة عن طريق الإجابة على الأسئلة التي توجه للأسئلة من المحكمة أو من القاضي المنتدب، وهو يجيب أولاً على أسئلة الخصم الذي استشهد به ثم على أسئلة الخصم الآخر دون أن يقطع أحد الخصوم كلام الآخر أو كلام الشاهد وقت أداء الشهادة. فإذا انتهى الخصم من استجواب الشاهد فلا يجوز له إبداء أسئلة جديدة إلا بإذن المحكمة أو القاضي. و لرئيس الجلسة أو لأي من أعضائها أن يوجه للشاهد مباشرة ما يراه من الأسئلة تفيد في كشف الحقيقة.

و يستمر التحقيق إلى أن يتم سماع جميع شهود الإثبات والنفي في الميعاد، ويجري سماع شهود النفي في الجلسة ذاتها التي سمع فيها شهود الإثبات إلا إذا حال دون ذلك مانع. وإذا أجل التحقيق لجلسة أخرى، كان النطق بالتأجيل بمثابة تكليف لمن يكون حاضراً من الشهود بالحضور في تلك الجلسة، إلا إذا أعفتهم المحكمة أو القاضي صراحة من الحضور. وفي هذا قضت محكمة النقض بأنه " من المقرر أنه يجوز للشاهد أن يرجع في أقواله ويصحح شهادته ما دام في مجلس القضاء ولم يبرحه أخذا بأن الرجوع من الشهادة فسخ لها فيخص بما تختص به الشهادة في المجلس"[1].

---

[1] نقض مدني ١٩٧٦/٣/١٠ مجموعة الأحكام -س ٢٧ -ص ٦٠٢.

وتقضي المادة ٩١ بأن تثبت إجابات الشهود في محضـــر، فـــإذا انتـــهى الشاهد من شهادته، تليت عليه، وبوقعها بعد تصحيح مـــا يـــرى لـــزوم تصحيحه منها، وإذا امتنع عن التوقيع ذكر ذلك وسببه في المحضر. وقـد بينت المادة ٩٢ البيانات التي يجب أن يشتمل عليها محضر التحقيق.

خامسا : رد الشاهد[1] : القانون لا يجيز رد الشاهد إلا بسبب عدم قدرتـه على التمييز كما انه يجيز للشخص أن يمتنع عن الشهادة إذا وجد أن فـــي أدائها حرجاً له ومع ذلك منع القانون بعض الأشخاص من أداء الشهادات لاعتبارات معينة، هي المحافظة على أسرار الدولة أو أسرار المهنـــة، أو أسرار الزوجية. فالمادة ٦٥ تمنع الموظفين والمكلفين بخدمة عامة من أن يشهدوا ولو بعد تركهم للعمل عما يكون قد وصل إلى علمهم فـــي أثنـــاء قيامهم به من معلومات لم تنشر بالطريق القانوني ولم تأذن لـــه السـلطة المختصة في إذاعتها. والفرض من المنع هو المحافظـــة علـــى أســـرار الدولة، ولذلك فإن للخصوم أن يطلبـــوا مـــن السـلطة المختصـــة الإذن للموظفين في أداء الشهادة فإذا أذنت أمكنهم أداء الشهادة.

و طبقا للمادة ٦٦ من قانون الإثبات فانه لا يجوز لمن علم مـــن المحامين أو الوكلاء أو الأطباء أو غيرهم عن طريق مهنتـــه أو صفتـه بواقعة أو معلومات أن يفشيها ولو بعد انتهاء خدمته أو زوال صفته، مـــا لم يكن ذكرها مقصوداً به ارتكابه جناية أو جنحة. ومع ذلك يجب علـــى الأشخاص المذكورين أن يؤدوا الشهادة على تلك الواقعة أو المعلومـــات متى طلب منهم ذلك من أسرها إليهم، على ألا يخل ذلك بأحكام القوانيـــن

---

[1] - لمزيد من التفاصيل راجع رسالة الدكتور / إسماعيل على إسماعيل- الشاهد ومسئوليتة المدنية - دراسة مقارنة- حقوق طنطا ٢٠٠٢.

الخاصة. وأخيراً فإن المادة ٦٧ تقضي بأنه لا يجوز لأحد الزوجين أن يفشي بغير رضاء الآخر ما أبلغه إليه أثناء الزوجية، ولو بعد انفصالها، إلا في حالة رفه دعوى من أحدهما على الآخر، أو إقامة حالة رفع دعوى من أحدهما على الآخر، أو إقامة دعوى علي أحدهما بسبب جناية أو جنحة وقعت منه على الآخر.

سادسا : انتهاء التحقيق وتقدير نتيجته

بموجب المادة ٩٥ فأنه بمجرد بانتهاء التحقيق أو انقضاء الميعاد المحدد لإتمامه ، يعين القاضي المنتدب أقرب جلسة لنظر الدعوى، ويقوم قلم الكتاب بإخبار الخصم الغائب. ووفقاً لهذا النص فإن المحكمة تبدأ في نظر الدعوى عقب الانتهاء من التحقيق، وهي تبدأ في نظرها فوراً إذا كانت المحكمة هي التي أجرت التحقيق، فإذا كان التحقيق ق د تم بواسطة قاضي منتدب لذلك ، فإنه يحدد أقرب جلسة لنظر الدعوى، ويخطر الخصم الغائب بتاريخ هذه الجلسة.

وسواء تم التحقيق بواسطة المحكمة ، أو بواسطة قاضي منتدب، فإن للمحكمة مطلق الحرية في تقدير نتيجته، وفقاً لاقتناعها. ولذلك فإن المحكمة تستطيع ترجيح شهادة شاهد على شهادة آخر. ولها أن ترجح شهادة القلة على شهادة الكثرة بل أن لها أن تحكم وفقاً لشهادة شاهد سمعت أقواله على سبيل الاستدلال، ولا رقابة لمحكمة النقض على محكمة الموضوع في تقديرها للشهادة. كما أن للمحكمة أن تطرح أقوال الشهود في التحقيق الذي أمرت به لعدم اقتناعها بصدق أقوالهم. وهذا تطبيق للقاعدة التي وردت في المادة ٩ من قانون الإثبات التي تقضي بأن للمحكمة أن تعدل عما أمرت به من إجراءات الإثبات بشرط أن تبين

أسباب العدول بالمحضر، ويجوز لها ألا تأخذ بنتيجة الإجراء بشرط أن تبين أسباب ذلك في حكمها[1].

ووفقا للمادة ٩٦ فانه "*يجوز لمن يخشى فوات فرصة الاستشهاد بشاهد على موضوع لم يعرض بعد أمام القضاء ويحتمل الاستشهاد بشاهد على موضوع لم يعرض بعد أمام القضاء ويحتمل عرضه عليه، أن يطلب في مواجهة ذوي الشأن سماع ذلك الشاهد*". *ويقدم هذا الطلب بالطرق المعتادة إلى قاضي الأمور المستعجلة وتكون مصروفاته كلها على من طلبه، وعند تحقق الضرورة يحكم القاضي بسماع الشاهد، متى كانت الواقعة مما يجوز إثباته بشهادة الشهود*".

وبموجب هذا النص يستطيع الشخص أن يرفع دعوى تحقيق أصلية يكون موضوعها سماع شهادة شاهد، ويكون ذلك بطلب يقدم إلى قاضي الأمور المستعجلة. ولكن يشترط لذلك أن يكون الموضوع لم يعرض بعد على القضاء، وإنما يحتمل عرضه عليه. كذلك تتطلب المادة ٩٦ لقبول الطلب تحقيق حالة الضرورة، أي أن تكون هناك ضرورة تبرر سماع شهادة الشاهد، حتى لا تفوت فرصة سماعها في وقت الحاجة إليها.

وحيث أن الغرض من سماع شهادة الشاهد، قبل عرض الأمر على القضاء، وهو المحافظة على الدليل من الضياع، فإن المادة ٩٧ لا تجيز تسليم صورة من محضر التحقيق، ولا تقديم للقضاء للاحتجاج به إلا حين

---

(١) قضت محكمة النقض بأن (لئن كانت محكمة الموضوع غير ملزمة بإبداء عدم اطمئنانها لأقوال الشهود، إلا أنها إذا أوردت أسباباً لذلك تعين أن تكون سائغة"
نقض مدني ١٩٧٩/١/١١ مجموعة الأحكام س ٣٠ ص ١٩١.

يعرض الأمر على القضاء وتـــرى المحكمـــة الموضـــوع، أن الواقعـــة المشهود عليها مما يجوز إثباته بشهادة الشهود. فعندئذ يجوز تسليم صورة المحضر لتقديمها إلى المحكمة، كما يكون للخصــــم أن يعـــترض أمـــام المحكمة على قبول هذا الدليل ، كما يكون له طلب ســـماع شـــهود نفـــي لمصلحته.

سابعا : سلطة المحكمة إزاء الإثبات بالبينة :

يتمتع القاضي بسلطة تقديرية مطلقة فـــي الإثبـــات بالبينـــة علـــى التفصيل الآتي:

١-**سلطة القاضي في إجازة الإثبات بشهادة الشهود :** قد يكون الإثبـــات بالشهادة جائزاً قانوناً ويتقدم الخصم بطلب الإثبـــات بـــها. ولكـــن تبقـــى للقاضي سلطته التقديرية المطلقة في المساح به، إذ قد يكون فـــي وقـــائع الدعوى ما يغني عن الشهادة في تكوين اقتناعه، أو أن يكـــون الإثبـــات بالشهادة ليس مقبولا نظراً لكون الوقائع المراد إثباتها بعيدة الاحتمـــال ولا سبيل لاقتناع القاضي بالشهادة في إثباتها، أو تكون الوقائع قد تقادم العقـــد بها بحيث يتعذر إثباتها بالشهادة. ومن ثم فإن طلب الإثبات بالشهادة ليـــس حقاً للخصوم تلتزم المحكمة بإجابته ، وإنما يخضـــــع لتقديـــر المحكمـــة خضوعاً لا تخضع فيه لرقابة المحكمة النقض[١].

٢-**سلطة القاضي في الأمر بالإثبات بالبينة من تلقاء نفسه:** ومن ناحيـــة أخرى فإن المشرع تدعيماً منه لدور القاضي الإيجابي فـــــي الإثبـــات – تعطي للقاضي سلطة الأمر – من تلقاء نفسه – بالإثبات بشهادة الشـــــهود

(١) د . السنهوري : الوسيط جــ ٢ ـص ٤٢١ . **وهذا ما استقرت عليه محكمـــة النقـــض،** ١٩٨٢/٥/٣٠ طعن رقم ٧٥٩ لسنة ٤٩ ق ، ١٩٨٠/٦/٢٥ طعـــن رقـــم ١٠١ لســـنة ٤٥ ق– ١٩٧٧/١/١٢ س ٢٨ ص ٢٣٢ ، ١٩٧٦/٣/٣١ –س ٢٧ –ص ٨٢٣.

متى رأي في ذلك فائدة للحقيقة، وذلك في الأحوال الجائز الإثبات فيها بالشهادة، وأن يستدعي للشهادة من يرى لزوماً لشهادته إظهاراً للحقيقة

٣-سلطة القاضي في تقدير الشهادة وكفايتها : بالإضافة على ذلك فإن لمحكمة الموضوع سلطة مطلقة في تقدير الشهود واستخلاص الواقع منها طالما لم يخرج بتلك الأقوال عما يؤدي إليه مدلولها[١] دون أن تتقيد بعدد الشهود ولا بجنسهم أو حتى سنهم فقد تأخذ بشهادة واحد ولا تقتنع بشهادة شاهدين أو أكثر ، وقد تقنعها امرأة ولا تقتنع بشهادة رجل، وكذلك قد تقتنع بشهادة صبي ولا تقتنع بشهادة رجل كبير. كما لا يكون القاضي ملزماً بتصديق الشاهد في كل أقواله، بل له أن يطرح ما لا يطمئن إليه منها، كما لا يأخذ بأقوال واحد أو أكثر من شهود أحد الطرفين دون الآخر، من غير أن يكون ملزماً ببيان أسباب ترجيحه لما أخذ به واطراحه لغيره[٢].

وأخيراً، فإن لمحكمة الموضوع سلطة تقدير قيمة الشهادة ومدى كفايتها في إثبات الوقائع المدعاة، فقد تراها كافية لإثباتها طالما كان الإثبات جائزاً بالشهادة، وقد لا تراها كذلك، وتطرحها كلية، وتبني حكمها على ما تستخلصه هي من قرائن من ظروف الدعوى ، وواقعاتها.

وهذا الحق جوازي للمحكمة متروك لمطلق تقديرها تقديراً لا تخضع فيه لرقابة محكمة النقض ١٩٧٧/١/١٢ س ٢٨ ص ٢٣٢ ، ١٩٧١/١١/١٠ س ٢٢ ص ٨٩١ -هذا ما استقر عليه القضاء المصري. ١٩٨٣/٣/١٧ طعن رقم ٧٣٦ لسنة ٤٨ ق، ١٩٨٠/٤/٢٦ س ٣١ ص ١٢٤٣. ولا تثريب على المحكمة إن هي أخذت بمعنى للشهادة دون معنى آخر تحتمله أيضاً طالماً لا يتنافى هذا المعنى مع عباراتها. نقض ١٩٨٢/٣/١٨ طعن رقم ٦٣٢ لسنة ٤٨ ق.

٢ د. السنهوري : الوسيط جـ ٢- ص ٤٢٥.

الباب الثاني

الأدلة غير المباشرة

القرائن وحجية الأمر المقضي[1]

بينا من قبل أن طرق أو أدلة الإثبات تنقسم إلى أدلة مباشرة تدل بصورة مباشرة على الواقعة محل الإثبات والتي قد تكون هي مصدر الحق أو سبب انقضائه. أما الأدلة غير المباشرة التي هي موضوع دراستنا في هذا الباب فهي تلك التي لا تدل على الواقعة محل الإثبات مباشرة بل تستنبط من خلالها هذه الواقعة من واقعة أخرى قام الدليل عليها. والمثال الواضح على هذا النوع من أدلة الإثبات يتمثل في القرائن. وقد جمع المشرع بين القرائن وحجية الأمر المقضي في باب واحد وان كرس لكل منهما فصلا مستقلا. ويرجع هذا الجمع إلى أن حجية الأمر المقضي وإن اشتركت مع القرائن القانونية في الأساس الذي تقوم عليه كل منهما، إلا أنه لا يجوز إثبات عكسها بأي طريق من الإثبات، الأمر الذي دعا الفقه لأن يعتبرها قاعدة موضوعية، لا قرينة. وسوف نخصص الفصل الأول من هذا الباب للقرائن بينما يخصص الفصل الثاني لحجية الأمر المقضي وبالتالي ينقسم هذا الباب للفصلين التاليين:

الفصل الأول : القرائن

الفصل الثاني : حجية الأمر المقضي

---

[1] - هذا الجزء حتى نهاية الكتاب من تأليف أ. د/ نبيلة رسلان مع بعض التعديل.

الفصل الأول

القرائن

مفهوم القرائن وأنواعها

يقصد بالقرينة ما يستخلصه القاضي أو المشرع من أمر معلوم للدلالة على أمر مجهول. فالقاضي أو المشرع يستخدم وقائع يعلمها ليستدل بها على وقائع أخرى. ومن هذا نرى أن القرائن ليست أدلة مباشرة، بل هي أدلة غير مباشرة تقوم على الاستنتاج. ولا يقع الإثبات بواسطة القرائن على الواقعة ذاتها مصدر الحق، بل على واقعة أخرى، إذا ثبتت أمكن أن يستخلص منها الواقعة المراد إثباتها. وقد يقوم القاضي بهذا الاستنتاج وهو ما يعرف بالقرائن القضائية كما قد يقوم به المشرع نفسه و هو ما يعرف بالقرائن القانونية وهو ما سنبينه من خلال المبحثين التاليين.

المبحث الأول

القرائن القضائية

أولا: التعريف بالقرينة القضائية :

وفقا للمادة ١٠٠ من قانون الإثبات فانه "*يترك لتقدير القاضي استنباط كل قرينة لم يقررها القانون. ولا يجوز الإثبات بهذه القرائن إلا في الأحوال التي يجيز فيها القانون الإثبات بشهادة الشهود*". فاستنباط القرائن القضائية يترك لتقدير القاضي، كما أن مجال الإثبات بها لا يتعدى مجال الإثبات بشهادة الشهود أيضا.

والقرائن القضائية هي القرائن التي يترك أمر استنباطها للقاضي، يستنبطها من ظروف الدعوى وملابساتها [1]. فالقاضي يختار واقعة معلومة من بين وقائع الدعوى، ثم يستدل من خلالها على الأمر المراد إثباته.

ولا عبرة بالطريق الذي ثبتت به هذه الواقعة المعلومة إذ قد تكون ثابتة بشهادة الشهود أو بالكتابة، أو عن طريق الإقرار أو اليمين. ومن ذلك مثلا أنه قد تستخلص من القرابة قرينة على صورية التصرف. فالدائن الذي يطعن في صورية تصرف صدر من مدينه قد يستند في طعنه إلى أن هناك علاقة قرابة بين المتصرف والمتصرف إليه. فإذا ثبتت علاقة القرابة كالبنوة مثلا، جاز استنباط صورية العقد من هذه الواقعة. فالواقعة المعلومة هي القرابة التي يثبتها الدائن، أما الصورية وهي التي تستنتج من قيام صلة القرابة، فهي الأمر المستخلص من واقعة القرابة، فالقرابة قرينة على الصورية. فلابد إذن من وجود واقعة ثابتة يقف عندها القاضي. ثم لا بد من أن يستنبط القاضي من هذه الواقعة الدليل على الواقعة المراد إثباتها.

ثانيا : سلطة القاضي إزاء القرائن القضائية:

يتمتع قاضي الموضوع بحرية في استنباط القرائن القضائية، فهو يقضي في هذا الصدد بأنه " يترك لتقدير القاضي استنباط كل قرينة لم

---

[1] قضت محكمة النقض بأن " سلطة محكمة الموضوع في تقدير القرائن القضائية شرط أن تكون المحكمة قد أطلعت عليها وأخضعتها لتقديرها" نقض ١٩٧٧/٥/١٨ مجموعة الأحكام – س ٢٨ – ص ١٢٤٧.

يقررها القانون[١] ومعنى ذلك أن القاضي حر في اختيار واقعة من الوقائع الثابتة أمامه لكي يستنبط منها القرينة. كما أن له سلطة واسعة كذلك في استنباط ما تحتمله الواقعة من دلالة. ثم أنه بعد هذا وذاك حر في تكوين اقتناعه، فقد تقنعه قرينة واحدة قوية الدلالة، وقد يقتنع بقرائن متعددة ضعيفة الدلالة. وهو في تقديره هذا لا يخضع لرقابة محكمة النقض، طالما كان استخلاصه سائغا.[٢]

و يتمتع القاضي بسلطة واسعة بالنسبة للقرائن القضائية لا يتمتع بها بالنسبة للأدلة الأخرى حيث لا يقتصر في استنباطه للقرينة على وقائع وظروف النزاع المطروح أمامه بل له أن يستنبطه كذلك من خارج دائرة هذا النزاع، ما دامت الأوراق المتعلقة بها قد ضمت إلى الدعوى المعروضة. و للقاضي أن يستمد القرينة من وقائع لم تحصل بين طرفي الخصومة فإذا ادعى شخص أنه مالك لقطعة أرض بمقتضى عقود قديمة، فقدم خصمه خريطة مساحية مبين فيا أن هذه الأرض كانت مملوكة للحكومة، كان للقاضي أن يستنبط من هذه الخريطة قرينة على كذب المدعي في ادعائه الملكية. على أنه ينبغي بطبيعة الحال أن يراعي حق

---

(١) اعتبرت محكمة النقض أن الإيصال الصادر من المؤجر بتقاضي الأجرة ومقابل التأجير من الباطن – دليل على الترخيص المستأجر بالتأجير من الباطن. نقض مدني ١٩٧٩/١/١٠ –س ٣٠ – ص ١٣٤.

(٢) وهذا ما استقر عليه القضاء المصري. راجع نقض ١٩٨٣/٣/١٤ طعن رقم ١٨٤ لسنة ٤٨ ق ، ١٩٨٣/١/٣٠ طعن رقم ٢٦٩ لسنة ٤٧ ق، ١٩٨٢/١٠/٣١ طعن رقم ٤٤٣ لسنة ٤٩ ق، ١٩٨٢/٣/٣٠ طعن رقم ١١٣٧ لسنة ٤٨ ق. ١٩٨٠/٤/٣٠ طعن رقم ٥٧ لسنة ٤٨ ق، ١٩٧٩/١/٢٤ س ٣٠- ص ٢.

الخصوم في الإطلاع على ما يقدم من أدلة وتفنيدها. ويراعي أن أحكام المحاكم بالنسبة لاتساع سلطة القاضي في استنباط القرائن كثيرة ويمكن الرجوع إليها[١].

ثالثا : حالات الإثبات بالقرائن القضائية:

بين المشرع حالات الإثبات بالقرائن القضائية من خلال نص المادة ١٠ من قانون الإثبات التي تقضى بأنه " لا يجوز الإثبات بهذه القرائن إلا في الأحوال التي يجيز فيها القانون الإثبات بشهادة الشهود"[٢].

ومعنى ذلك أن القرائن القضائية تعادل الإثبات بشهادة الشهود، أي أن ما يمكن إثباته بشهادة الشهود يمكن إثباته أيضا بالقرائن القضائية.

وعلى ذلك فإن الإثبات بالقرائن يجوز في التصرفات المدنية إذا قلت قيمة التصرف عن مائة جنيه. كما يجوز الإثبات بها كذلك في المسائل التجارية بصفة عامة، وكذلك بالنسبة للوقائع المادة [٣] وكل هذه الحالات يجوز فيها الإثبات بشهادة الشهود كذلك.

و لا يجوز الإثبات بالقرائن في التصرفات المدنية التي تجاوز قيمتها مائة جنيه، كما لا يجوز قبولها في إثبات ما يخالف الثابت بالكتابة أو ما يجاوزها، ولا في الحالات الخاصة التي تجب فيها الكتابة للإثبات كالصلح والكفالة. ولكن القرائن تجوز استثناء من ذلك في حالة ما إذا وجد

---

[١] -انظر أحكام النقض في ٢٥ عاما تحت "إثبات" بند ٣٧٤ وما بعده.

[٢] -المادة ١٠ من قانون الإثبات.

[٣] -قضت محكمة النقض بأن " الاتفاق على أجرة تجاوز المقرر قانونا باطل بطلانا مطلقا – تعلق ذلك بالنظام العام – التراضي في رفع دعوى تحديد الجرة القانونية لا يعتبر قرينة على انتفاء التحايل" نقض مدني ١٩٧٨/٤/١٢ مجموعة أحكام– س ٢٩ – ص ٩٩٢.

مبدأ ثبوت بالكتابة، أو إذا وجد مانع من الحصول على دليل كتابي، أو إذا فقد السند الكتابي بسبب أجنبي. وكل هذه الأحكام هي التي تتبع بالنسبة للإثبات بشهادة الشهود، على التفصيل الذي سبق لنا بيانه.

وقد تنتهي القرائن القضائية أنها إلى أن تصبح قرائن قانونية فالمحاكم المصرية كانت تتخذ من بقاء العين في حيازة البائع مع اشترطه على المشتري عدم التصرف فيه، ما دام البائع حيا، قرينة على أن التصرف وصية. و قد أخذ القانون المدني الحالي بهذه القرينة وجعل منها قرينة قانونية نص عليها في المادة ٩١٧. وكذلك الشأن بالنسبة للقرينة التي تقرر أن الوفاء بقسط من الأجرة قرينة على الوفاء بالأقساط السابقة على هذا القسط . هذه القرينة القانونية التي أخذ بها القانون المدني الحالي كانت في الأصل قرينة قضائية جرى عليها القضاء حتى قبل صدور القانون.

المبحث الثاني

القرائن القانونية

أولا : مفهوم القرينة القانونية :

القرائن القانونية هي قرائن يقوم المشرع نفسه باستخلاصها تأسيسا على فكرة الاحتمال والترجيح. فالمشرع يستنبط من واقعة معلومة دلالة على أمر مجهول يراد إثباته، فيقرر أنه ما دامت هناك واقعة قد ثبتت، فإن واقعة أخرى معينة تثبت بثبوتها. من ذلك مثلا ما نص عليه في المادة ٩١ مدني من أن وصول التعبير عن الإرادة إلى من وجه إليه هذا التعبير قرينة على علمه به. فالواقعة التي تثبت هي وصول التعبير،

ويستنبط القانون واقعة أخرى هي العلم بهذا التعبير، ويعتبر ثابتة أيضـــا. فمن يريد الاستفادة من القرينة في هذه الحالة عليه أن يقيم الدليـــل علـــى وصول التعبير، وهي الواقعة التي يتشرط القانون قيامها. فـــإذ مـــا ثبــت قامت القرينة على العلم.

ولا بد لقيام القرينة القانونية من نص خاص يقررها. ولهذا فـــإن النصوص المقررة لقرائن قانونية تفسر تفسيرا ضيقا. وإذا كانت القرينـــة القانونية تقوم على فكرة الترجيح والاحتمال، أي الأخذ بالوضع الغـــالب، إلا أن هذه القرينة – خلافا للقرينة القضائية – تنطوي على خطورة. ذلــك أن المشرع يضع القرينة القانونية في صيغة عامة مجردة حتى ولو كـــانت في بعض الحالات لا تتفق مع الحقيقة. فهو لا ينظر فيها إلى كـــل حالـــة بذاتها كما هو الشأن بالنسبة للقرائن القضائية. وذلك يكون من المتصـــور أن توجد بعض حالات تطبق فيها القرينة، رغم مغايرتها للحقيقة الواقعـــة. ولهذا كان من الأفضل ألا يلجأ إلى القرائن القانونية إلا لضرورة قصوى، ويترك للقاضي استخلاص القرائن حتى يتمشى مع الحقيقة والواقع بقـــدر المستطاع[١].

و اذا كانت القرينة القانونية تعفي من تقررت لمصلحته مـــن أيـــة طريقة أخرى من طرق الإثبات إلا أنها كما قدمنا، لا تعفيه مـــن إثبـــات الواقعة التي تقوم عليها القرينة، ففي حالة القرينة الخاصة بالوفاء بقســط سابق من الأجرة مثلا حيث يعتبر الوفاء بقسط لاحق قرينة علـــى الوفـــاء

---

[١] د. السنهوري : الوسيط– جـــ ٢ – ص ٧٨٢ وما بعدها.

بالقسط السابق. فالقرينة هنا تقوم على واقعة الوفاء بقسط لاحق، فينبغي إثبات هذه الواقعة، أي واقعة الوفاء بقسط لاحق، حتى تقوم القرينة. فإذا قام المستأجر بإثبات واقعة الوفاء بقسط لاحق طبقا للقواعد العامة في الإثبات قانت القرينة على الوفاء بالقسط السابق. فالأمر يتعلق إذن بنقل الإثبات من محل إلى محل. ولكن المشرع لتسهيل الأمر نظرا لصعوبة إثبات الوفاء بالأقساط السابقة في بعض الصور وضع تلك القرينة. وفي حالة المادة ٩١٧ مدني إذا تصرف شخص لأحد ورثته، واحتفظ بحيازة العين التي تصرف فيها، وبحقه في الانتفاع بها مدى حياته، يعتبر التصرف وصية، ما لم يقم الدليل على العكس. ويجب لقيام هذه القرينة اجتماع شرطين: احتفاظ المتصرف بحيازة العين المتصرف فيها وبحق الانتفاع بها مدة الحياة، استنادا إلى مركز قانوني يخوله هذا الحق. وإذا ما ثبت ذلك قامت القرينة. وللوارث إثبات أن التصرف يخفي وصية- احتيالا على أحكام الإرث- بكافة طرق الإثبات.

ثانيا : الحكمة من القرائن القانونية :

الواقع أن تدخل المشرع بالنص على القرائن القانونية يحقق أغراض مختلفة. فقد يقصد من النص عليها منع الأفراد من التحايل القانون. ومن ذلك مثلا ما نص عله المشرع من أن التصرف الذي يصدر من شخص في مرض الموت ويكون مقصودا به التبرع. يأخذ حكم الوصية، وذلك محافظة على حقوق الورثة. فللحيلولة دون الهروب من هذا الحكم بإجراء تبرع تحت مسمى آخر، نص المشرع على أن صدور التصرف في مرض الموت قرينة على أنه صدر على سبيل التبرع. وقد

يرى المشرع أن الإثبات يتعذر في بعض الصور إلى درجة كبيرة، فيقيم قرينة يخفف بها عبء الإثبات على المدعي. مثل ذلك ما جاء في المادة ١٧٣ مدني مصري بالنسبة لافتراض الخطأ في جانب المكلف بالرقابة، فقد رأى أن المضرور عليه إثبات هذا الخطأ في أغلب الحالات، فجعل قيام الالتزام بالرقابة قرينة على خطأ متولي الرقابة.

وقد يضع المشرع القرينة القانونية أخذا بالمألوف المتعارف بين الناس. من ذلك مثلا ما نص عليه من أن المخالصة بالأجرة عن قسط لاحق تعتبر قرينة على الوفاء بالقسط السابق، لأن المألوف بين الناس هو أن المؤجر لا يعطي مخالصة عن قسط لاحق إلا بعد أن يكون قد استوفى كل حقوقه السابقة. وإذا تقررت القرينة القانونية لصالح الخصم فهي تعفيه من إثبات الواقعة التي يستخلصها القانون من هذه القرينة. والأصل أن كل قرينة قانونية تقبل إثبات العكس[1] ومع ذلك فإنه يفرق في هذا الصدد بين القرائن القانونية القاطعة والقرائن القانونية غير القاطعة [2].

---

(١) تنص المادة ٩٩ من قانون الإثبات على أن " القرينة القانونية تعني من تقررت لمصلحته عن أي طريقة أخرى من طرق الإثبات. على أنه يجوز نقض هذه القرينة بالدليل العكسي ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك.

(٢) د. السنهوري . الوسيط جـ ٢ ص ٧٩٤ وما بعدها.

ثالثا : مدى حدية القرائن القانونية القاطعة أو المطلقة في الإثبات :

الأصل أن القرائن القانونية غير قاطعة أي تقبل إثبات العكس. فالقرينة القانونية هي في الحقيقة حجة يقيمها النص بناء على الغالب والراجح. ويعنى ذلك أنها ليست إلا احتمالا قد يخطئ كما قد يتفق مع الحقيقة. وبذلك يجب إفساح المجال لمن أراد أن يقيم الدليل على عدم مطابقة القرينة لحقيقة الواقع. وكثيرا ما ينص المشرع على أن قرينة معينة قابلة لإثبات العكس، ولكنه إذا كان يحرص على هذا النص فذلك منعا للبس. على أنه كان الأصل هو القرائن القانونية غير قاطعة، فإن المشرع في بعض الأحيان يرى عدم الإخلال ببعض القرائن فيجعلها غير قابلة لإثبات العكس. وقد جرى المشرع على النص على ذلك، وإن كان النص يأتي بطريق غير مباشر[١].

وإذا كانت القرائن القاطعة لا تقبل إثبات العكس، فليس معنى ذلك أنها لا تدحض أبدا بالقرائن، حتى القاطعة. إنما هي قواعد إثبات. وما دامت كذلك فهي تقبل أن تدحض بالإقرار واليمين. وعلى ذلك ففي حالة المسئولية القائمة على قرينة قاطعة كما هو الحال في المسئولية عن الحيوان وعن الأشياء.

---

[١] -من ذلك القرائن القانونية على الخطأ التي تقوم عليها المسئولية عن فعل الحيوان (مادة ١٧٦ مدني)، وعن الأشياء (مادة ١٧٨) والمسئولية العقدية (مادة ٢١٥)، ومسئولية المستأجر عن الحريق (مادة ٥٨٤) .

لا يستطيع المسئول إثبات عكس القرينة، إلا أنه مع ذلك يمكـــن دحضـــها وذلك بإقرار يصدر من خصمه الذي تقررت القرينة لصالحه، أو بيميـــن توجه إلى هذا الخصم فينكل عنها. ذلك أن القرينة قد تقررت لإعفاء مـــن تقررت لصالحه من الإثبات، فإذا نقضها بإقراره أو بيمينه، لم يعد هنـــاك محل لإعفائه من إثبات لم يقبل هو أن يعفي نفسه منه. وعلى ذلـــك لكـــي يمكن دحض القرائن القاطعة في هذه الحالة عن طريق الإقرار أو اليميـن، ينبغي أن تتعلق تلك القرائن بالصالح الخاص. إذ ينزل من تقرر مصلحته عن التمسك بها فيقر بعد حصول الواقعة التي تفترض القرينة حصولـــها، أو ينكل عن اليمين التي توجه إليها في شأنها[١]

رابعا : التفرقة بين القرائن القانونية والقواعد الموضوعية:

الواقع أنه ينبغي التنبيه إلي التميز بين القرائن القانونية والقواعـــد الموضوعية حيث ينظر البعض إلى فريق من القواعد الموضوعية القائمة على أنها قرائن قانونية[٢] . وواقع الحال أن كثيرا مـــن القواعـد التـــي توصف بأنها قرائن قانونية، مثل حجية الأمر المقضي، ليست سوى قواعد موضوعية يبينها المشرع على الكثرة الغالبة في الأحوال فيقلبـــها إلـــى حقائق ثابتة، لا يجوز إثبات عكسها، كما لا يجـــوز دحضـــها بـــالإقرار

---

(١) كالشأن فيما لو وجهت اليمين إلى الموكل فنكل عن الحلف . وهذا كله لا يكون إلا لأن الأمر يتعلق بالصالح الخاص. ومن ذلك أيضا ما نصت عليه المادة ١/٣٧٨ مدني مـــن تقـــادم بعـــض الحقوق بسنه، فقد أضافت الفقرة ٢ من المادة أنه يجب على من يتمسك بأن الحق قد تقادم بسنه أن يحلف اليمين على أنه أدى الدين فعلا فالمشرع جعل التقادم القصير قائما على قرينة قانونية قاطعة تفيد الوفاء بالحق، ومن ثم جاز دحض هذه القرينة بالنكول عن اليمين.فيجوز مـــن بـــاب أولـــى دحضها بالإقرار- انظر السنهوري : الوسيط جـــ ٢ ص ٦١٥

(٢) ـــ د. السنهوري : الوسيط جـــ٢ ص ٧٩٧ـد. توفيق فرج : إثبات ص ١٥٣،

واليمين لقيامها على اعتبارات روعيت فيها المصلحة العامة. والواقع أننا لسنا في هذه الحالة بصدد قرائن قانونية بل بشأن قواعد موضوعية. و ما يؤدى للخلط بين النوعين هو أن هذه القواعد الموضوعية تقوم على الوضع الغالب الوقوع كما هو الحال بالنسبة للقرائن القانونية. فالمشرع في هذه القواعد الموضوعية قد نظر إلى الحقائق الماثلة أمامه واستنتج منها قرينة معينة، ثم بنى حكمه على هذه القرينة ، أي أقام قاعدة موضوعية على أساس هذه القرينة. ولذلك فإن القاعدة الموضوعية تشترك مع القرائن في أصل وضعها. ومثال ذلك أن المشرع يحدد سن الرشد ببلوغ ٢١ سنة. وهذا التحديد قد بنى على الغالب الراجح فالغالب الشائع هو أن كل من بلغ هذه السن يعتبر رشيدا. وإذا كانت هذه القاعدة قد بنيت على الغالب الشائع إلا أنها قاعدة موضوعية فلا يجوز إثبات ما يخالفها أي لا يجوز إثبات أن الشخص قد اكتمل رشده قبل بلوغ ٢١ سنة، ولو ظهرت عبقريته قبل هذه السن. ولكن على العكس من ذلك لو كنا بصدد قرينة قانونية مثل القرينة الخاصة بالوفاء بالأجرة فالوفاء بقسط متأخر قرينة على الوفاء بالأقساط السابقة. هذه القاعدة وضعها المشرع، لا في موضوع الحق، وهو الوفاء بالأجرة ، بل في إثباته، أي في كيفية إثبات المستأجر للوفاء بالأجرة. وقد راعى المشرع في وضع هذه القرينة أن المؤجر عادة لا يعطي مخالصة عن القسط المتأخر إلا بعد أن يستوفي الأقساط المتقدمة. فجعل الوفاء بالقسط اللاحق قرينة على الوفاء بقسط سابق و هذا ما قد يتفق مع الواقع كثيراً لا يتفق معه في الحالات القليلة النادرة. فإذا أثبت المؤجر في هذه الحالة أن حالته تدخل ضمن القلة النادرة، فإن القرينة تنهار ولا يعمل بها بعد دحضها ، وهذا بخلاف

القاعدة الموضوعية الخاصة ببلوغ سن الرشد إ لا يستطيع الشخص الـذي لم يبلغ ٢١ سنة أن يثبت أنه يدخل ضمن الحالات النادرة التي حصل فيها البلوغ في سم مبكرة قبل ٢١ سنة.

ومما قدمنا يتضح أن القاعدة الموضوعية تقوم على فكرة الغـالب الوقوع، كما هو الحال بالنسبة للقرينة القانونية تماما. ومن هنا جاء الخلط بينهما، إلا أنهما يختلفان. فالقاعدة الموضوعية يستوحي فهيا المشرع فكره القرينة، لكن فكرة القرينة لا تظهر في القاعدة، بل تبقي وراءها بمنزلـة العلة أو الدافع إلى القاعدة، ففكرة القرينة إن بقيت في هـذه الحالـة، لأن المشرع يستوحيها، فإنها تختفي بالنسبة إلى المتقاضيين، فلا يكـون فـي وسعهم إقامة الدلّيل على عكسها، والأمر على خلاف ذلك فـي القرينـة القانونية، فالقرينة تكون موضوع النص، فتظهر فيـه الواقعتـان اللتـان تجتمعان حتما في القرينة، وهما الواقعة الثابتة التي تقوم على هذه القرينـة والأخرى المستنبطة منها، ويقصد المشرع من النص على هذه القرينـة أن ينقل الإثبات من الواقعة الثانية التي صعب على المدعـي إثباتـها إلـى الواقعة الأولى التي تكون سهلة الإثبات. وهذا بخلاف الحال في القـاعدة الموضوعية التي تقوم علي قرينة.

و يترتب على اختلاف القرينة القانونية عن القاعدة الموضوعيـة التي تقوم على قرينة أن تكون القرينة القانونية قابلة لإثبات العكس إذا لـم تتحقق العلة منها، وذلك بخلاف القاعدة الموضوعية، فلا يجوز معارضتها حتى ولو لم تتحقق العلة منها. ففي المثال السابق في حالة الوفـاء بقسـط

متأخر، إذا قدم المؤجر الدليل على انه رغم استيفائه اللاحق لم يستوف السابق من الأجرة، كان له ذلك وتنهار القرينة لانهيار العلة. أما في حالة قرينة البلوغ التي هي قاعدة موضوعية فإن من يظهر رشده قبل ٢١ سنة لا يعتبر بالغا ولا يمكن تقديم الدليل على بلوغه ونضوجه وتمام أهليته إذ أن القانون يعتبره قاصرا مهما كانت درجة نضوجه قبل بلوغه سن الحادية والعشرين.

و يجب التنبيه إلى ضرورة عدم الخلط بين القواعد الموضوعية، التي يقيمها المشرع على قرينة، وبين القرائن القانونية ولو كانت قاطعة، فهي قواعد إثبات،وأيا كانت المرتبة التي أرادها لها لمشرع في القطع والحسم، فهي لا تستعصي على أن تدحض بالإقرار واليمين[1]. ومن أمثلة القواعد الموضوعية التي تقوم على قرائن، حجية الأمر المقضي، والتقادم، والحيازة في المنقول، والتصرف في مرض الموت إذا قصد به التبرع ومسئولية المتبوع عن أعمال التابع[2].

---

(١) انظر السنهوري : بند ٣٣ ويراعي في هذا الصدد أنه ليت كل قاعدة موضوعية إجبارية، وان كل قرينة تقبل الاستبعاد بالدليل العكسي. فمن القواعد الموضوعية ما هو قواعد مقررة أو مكملة ومن القرائن ما هو يبلغ لا يجوز أن * حتى يستقيم للمشرع غرسه مثل ذلك المادة ٣٧٨ (انظر السنهوري : الوسيط حـ ٢ من * - ٦٢٠)

(٢) انظر أيضا الحالات المنصوص عليها في المواد ٤٤-٤٦ ، ١١٠ -١١٦ ، ٢٨٨ ، ٢٣٦ د. السنهوري : الوسيط حـ ٢ ص ٧٩٤ وما بعدها.

خامسا : مدى حجية القرائن القانونية غير القاطعة في الإثبات :

المعروف أن هذه القرائن تفي من تقررت لصالحه من الإثبـــات. ومن ذلك ما نص عليه المشرع في المادة ١٣٧ مدني من أن كل الـــتزام لم يذكر له سبب في العقد، يفترض أن له سببا مشروعا، ما لم يقم الدليـــل على غير ذلك. ففي هذه الحالة يعفي المشرع الدائن من إثبات أن للالـتزام الذي يطالب به المدين سببا مشروعا، مع أنه كان من المفروض أن يقــوم الدائن بإثباته باعتباره ركنا في الالتزام. وعلى المدين الذي يدعي خـــلاف هذه القرينة أن يقيم الدليل على أن الالتزام لا سبب له وإثبات العكـــس يكون وفقا للقواعد العامة.

و يتخذ إثبات العكس وضعا خاصا أحيانا كالمادة ٢٣٩ بالنســـبة لإثبات الإعسار : فإذا أثبت الدائن مقدار الديون في ذمة المديـــن، قـــامت قرينة على إعساره، وهي قرينة قابلة لإثبات العكس، ويكـــون للمديـــن أن يثبت العكس على نحو خاص، فيثبت أن له ما يساوي قيمة هذه الديـــون أو يزيد عليها. وهذا ما تقضي به المادة ٢٣٩ بنصها على أنـــه" *إذا ادعـــى الدائن إعسار المدين، فليس عليه إلا أن يثبت مقدار ما في ذمته من ديون، وعلى المدين نفسه أن يثبت أن له ما لا يساوي قيمـــة الديـــون أو يزيـــد عليها*". وكذلك ما جاء في المادة ٩٣٦ مدني إذ جعلت الحيـــازة الماديـــة قرينة على الحيازة القانونية، وهي قرينة غـــير قاعـــة ويمكـــن نقصـــها، والسبيل إلى ذلك هو إثبات عيب في الحصول على الحيازة المادية.

الفصل الثاني
حجية الأمر المقضي

يتعلق المبحث الأول من هذا الفصل- بإذن الله- بيان المقصود بحجية الأمر المقضي وكيفية إعمالها، ثم نعرض لأسبابها والتمييز بينها وبين قوة الأمر المقضي ومدى تعلقها بالنظام العام. وفي المبحث الثاني نعرض لشروط قيام هذه الحجية. أما المبحث الثالث فسنعالج من خلاله مدى حجية الأحكام الجنائية أمام المحاكم المدنية.

المبحث الأول
الأحكام العامة لحجية الأمر المقضي

نعنى بحجية الأمر المقضي أن الأحكام التي يصدرها القضاء تكون حجة فيما فصلت فيه. ذلك أنه إذا صدر حكم في قضية، فإن القانون يعتبر هذا الحكم عنوانا للحقيقة، حتى ولو لم يكن كذلك من حيث الواقع. ولهذا لا يجوز للخصوم إعادة طرح الأمر بينهم من جديد، أي لا يجوز لهم أن يجددوا النزاع نفسه عن طريق دعوى مبتدأه. فإذا حصل ذلك فإنها تكون غير مقبولة، لأنه قد سبق الفصل فيها. ويتحقق هذا بالنسبة للطرفين في الخصومة، لمن خسر الدعوى ولمن كسبها على السواء. ولكن إذا كان يمتنع على الخصوم القيام بدعوى مبتدأ، فإن هذا لا يمنع من الطعن في الحكم بالطرق المقررة قانونا، عادية كانت هذه الطرق أم غير عادية.

والصورة العملية لإعمال قاعدة حجية الأمر المقضـــي، والتـــي غالبا ما يلجأ إليها، هي صورة الدفع بهذه الحجية، فيـــدع بحجيـــة المـــر المقضي بقصد عدم قبول الدعوى أو عدم سماعها لسبق الفصـــل فيـــها، وكما يجوز الدفع بحجية المر المقضي، يجوز أيضا التمسك بهذه الحجيـــة عن طريق دعوى. مثل ذلك أن يصدر حكم جنائي بإدانة شخص، فللمجني عليه أن يتمسك بحجية هذا الحكم الجنائي في دعوى التعويض المدنية التي يرفعها ضد المحكوم عليه[1] وكما يجوز التمسك بحجية الحكـــم الجنـــائي على هذا النحو، يجوز أيضا التمسك بحجية حكم مدنـــي أمـــام المحكمـــة المدنية.

ولا يقتصر الأمر على تمسك الخصم بحجية الأمـــر المقضـــي على النحو السابق، وإنما للمحكمة نفسها أن تقضي بهذه الحجية من تلقـــاء نفسها في ظل قانون الإثبات الجديد، وهو ما كان ممنوعا عليها في ظـــل القانون السابق. ويكون للمحكمة أن تحكم بعدم قبـــول الدعـــوى أو بعـــدم جواز نظرها لسابقة الفصل فيها، إذا كانت الدعوى قد رفعت بعد ســـابقة صدور حكم في موضوعها، ع وحدة الخصوم والسبب[2]

أولا : أساس حجية الأمر المقضي

تقضي المادة ١٠١ من قانون الإثبات فـــي هـــذا الشـــأن بـــأن *الأحكام التي حازت على قوة الأمر المقضي تكون حجية فيما فصلت فيـــه*

---

(١) – انظر المادة ١٠٢ إثبات بالنسبة لمدى حجية الحكم الجنائي أمام المحكمة المدنية.

(٢) – تقرير اللجنة التشريعية عن المادة ١٠١ إثبات.

من الحقوق، ولا يجوز قبول دليل ينقض هذه الحجية". ومن هذا نـــرى أن المشرع المصري يعتبر أن للأحكام التي حازت قوة الأمر المقضي حجيـة لا يجوز نقضها، إذ أن الحكم يفترض فيه أن عنوان الحقيقة، باعتبـــار أن الحقيقة القضائية مطابقة في الغالب من الحالات للحقيقة الواقعية.

وقد راعى المشرع في هذه الحجية اعتبارات تتصل بالصالح العام، فـــهو يقصد بذلك وضع حد للخصومات، إذ لو أجيز لكل خصم أن يجدد الـنزاع بدعوى مبتدأ لما انتهت الإشكاليات ولتأيدت الخصومات كما يقولـــون [١] ومن جهة أخرى فإنه لو سمح للخصوم بتحديد النزاع عن طريق دعـــوى مبتدأه، وقام كل منهم بذلك، وهو أمر ليس بمستبعد ، فإنـــه يكـون مـــن المحتمل قيام التعارض بين الأحكام التي يحصل عليها كل منهم، فيصعـب تنفيذها. وهذا من شأنه أن يقلل من احترام القضاء وقدســيته فـــي نظـــر المتقاضين، كما أنه يؤدي إلى الفوضى [٢].

وقد كان المشرع المصري يعتبر حجية الأمـــر المقضـــي قرينـــة قاطعة، وقد جاراه الفقه في ذلك. ولهذا كان لابد من النظر إليها على هـــذا

---

(١) وفي هذا قضت محكمة النقض بأن حجية أجدر بالاحترام وأكثر اتصالا بالنظام العام مـــن أي أمر آخر لما يترتب على إهدارها من تأييد المنازعات وعدم استقرار الحقوق لصحابها. نقـض ١٩٧٤/٤/٢٩ مجموعة أحكام س ٢٥ ص ٧٥٢،

(٢) ـ د. السنهوري : الوسيط جـ ٢ ص ٨٢٤.

(٣) ـ وهذا أيضا ما يأخذ من القانون اللبناني، إذ يعتب حجية الأمر المقضي (أو قـــوة القضيـــة المحكمة، حسب تسميته) من القرائن القانونية، حيث تقضي المـــادة ٣٠٣ مـــن قـــانون أصـــول المحاكمات بأنه: " يراد بالقرينة القانونية، القرينة التي يعلقها القانون على بعض الأعمال والوقـــائع وهي ....."

(٤) ـ د. السنهوري : الوسيط حـ ٢ ص ٨٢٥ د. عبد المنعم الصدة : الإثبات ص ٣٦٤،

الأساس عند بحثها، فكانت تبحث مع القرائن القانونية، خاصة وأن المشرع كان ينص على أنها قرينة قانونية قاطعة[٣]

ثانيا : القوة التي يمنحها القانون لحجية الأمر المقضي

إذا كان المشرع المصري في ظل القانون السابق قد نظر إلى حجية الأمر المقضي على أنه قرينة قاطعة فانه لم يتنبه إلى حقيقة طبيعة هذه القاعدة. فإذا كان يتوفر لها مقومات تكوين القرينة، إلا أنها ليست قرينة قانونية، ولكنها في الواقع – كما رأينا من قبل – قاعدة موضوعية تقوم على قرينة، قرينة افتراض مطابقة الحقيقة القضائية للحقيقة الواقعية. وعلى هذا الأساس يكون الحكم حجة بما فصل فيه، فيقرر بهذا قاعدة موضوعية لا قرينة قانونية.

ويؤكد ذلك أن الدور الذي تقوم به هذه القاعدة يختلف تماما عن القرينة. فالقرينة تؤدي إلى قيام دليل يساعد على حل نزاع، بينما ظل هذه القاعدة أن نزاعا قد فصل فيه، ولا جدوى من تقديم دليل في شأنه. فدور هذه القاعدة "ينحصر في الحيلولة دون معودة المنازعة في أمر فصل فيه، وليس هذا من قبيل الدليل، لأن الدليل الحقيقي سبق أن قدم وانتهى أمره، ولم تعد المسألة متعلقة بدليل يقام وإنما بمبدأ يطبق[٤]

و بعكس القرائن القانونية فإنه لا يمكن دحض ما جاء بالقاعدة الخاصة بحجية الأمر المقضي، حتى بالإقرار واليمين، وقد رأينا أن القرائن القاطعة تدحض بالإقرار واليمين. وهذا دليل قاطع على أن حجية

---

* - هامش ٣ ، ٤ بالصفحة السابقة.

الأمر المقضي قاعدة موضوعية، لأن القاعدة الموضوعية التي يفرضها المشرع لا يتصور استبعاد تطبيقها إذا أقر من تقررت لمصلحته بعدم صحتها، أو إذا وجه إليه يمين في هذا المعنى فنكل عنه. ما دام أنه يتمسك بها.

و قد يرى البعض أن حجية الأمر المقضي قرينة قاطعة متعلقة بالنظام العام، ولذلك لا يمكن دحضها بالإقرار واليمين وفقا للمذهب القائل بأن القرائن القانونية القاطعة المتعلقة بالنظام العام لا يمكن دحضها حتى بالإقرار واليمين. وقد يبرر ذلك ما قرره القانون المدني الحالي من أن حجية الأمر المقضي تتعلق بالنظام العام. وقد حرص المشرع على الفصل بين القرائن وبين حجية الأمر المقضي رغم ورودهما في باب واحد، إذ خصص لكل منهما فصلا مستقلا. و هذا يكشف مدى حرصه على الفصل بينهما، لاختلاف طبيعة كل منهما عن الآخر.

ثالثا : التمييز بين حجية الأمر المقضي وقوة الأمر المقضي :

قد يقع بعض الفقه بل والمشرع[١] الخلط بين حجية الأمر المضي وقوة الأمر المقضي لذلك ينبغي التفرقة بين الاصطلاحين. فحجية الأمر المقضي تعنى أن للحكم حجية فيما بين الخصوم و بالنسبة إلى ذات الحق محلا وسببا. فيكون الحكم- في هذه الحدود- حجة لا تقبل المناقشة إلا بأحد طرق الطعن. وتثبت هذه الحجية لكل حكم قطعي، أي لكل حكم

---

[١] -وفي قانون الإثبات الجديد، فقد تكلم في المادة ٤٠٥ مدني الملغاة عن قوة الأمر المقضي، بينما هو يقصد حجية الأمر المقضي. وقد كرر هذا الخلط نفسه في المادة ١٠١ من قانون الإثبات الجديد والتي حلت محل المادة ٤٠٥ الملغاة من القانون المدني.

موضوعي يفصل في خصومة، سواء كان هذا الحكم نــهائياً أو ابتدائيــاً، حضورياً أو غيابياً ويحتفظ الحكم بحجيته إلى أن يزول [١].

وقد بينت محكمة النقض أن لكل حكم قضائي قطعي حجية الشــيء المحكوم فيه من يوم صدوره ولو كان قابلاً للطعن فيه. وهذه الحجية تمنع الخصوم من رفع دعوى جديدة بادعاءات تناقض ما قضى به هذا الحكــم ولا يجوز معها للمحكمة التي أصدرته ولا لمحكمة غيرها أن تعيد النظــر فيما قضى به إذا تمسك الخصم الآخر بحجيته إلا إذا كانت هي المحكمــة التي يحصل التظلم إليها منه بإحدى طرق الطعن القانونيــة، إلا أن هــذه الحجية مؤقتة وتقف بمجرد رفع استئناف على هذا الحكم وتظل موقوفــة إلى أن يقضي في الاستئناف، فإذا تأيد الحكم عادت إليـــه حجيتــه، وإذا ألغى زالت منه هذه الحجية ويترتب على وقف حجية الحكم نتيجة لرفــع الاستئناف عنه أن المحكمة التي يرفع إليها نزاع فصل فيه هذا الحكــم لا تتقيد بهذه الحجية طالما لم يقضي برفض هذا الاستئناف قبــل أن تصــدر حكما في الدعوى [٢].

وتعني **قوة الأمر المقضي** عدم قابلية الحكم للطعن فيه بــالطرق العادية وهي المعارضة والاستئناف. والأحكام التي تجوز هذه القوة هـــي الأحكام النهائية، فمتى أصبح الحكم غير قابل للطعن فيه بالطرق العاديــة وهي المعارضة والاستئناف حاز قوة الأمر المقضي. وكل حكم لـــه قـــوة

فإن كان غيابياً حتى يزول بإلغائه في المعارضة، وإن كان ابتدائياً حتى يزول بإلغائـــه فـــي الاستئناف ، وغن كان نهائياً حتى يزول بنقضه أو بقبول التماس إعادة النظر.

نقض مدني ١٩٧٨/٤/١٨-مج س ١٩- ص ٧٩٥.

الأمر المقضي يجوز حجية الأمر المقضي في نفس الوقت. وليس العكس صحيحا.

رابعا : مدى تعلق حجية الأمر المقضي بالنظام العام

لا شك أن القول بتعلق حجية الأمر المقضي بالنظام العام، يترتب علية عدم جواز تنازل الخصوم عن التمسك بها، وأن للقاضي أن يثيرها من تلقاء نفسه، ويكون للخصوم أن يتمسكوا بها لأول مرة أمام محكمة النقض. وتترتب عكس هذه نتائج إذا قيل أنها لا تتعلق بالنظام العام. وينعقد الإجماع على أن حجية الأمر المقضي تعتبر من النظام العام في المسائل الجنائية، أما في المسائل المدنية، فإن الأمر كان محل خلاف في ظل القانون المصري. فقد كان الحكم في ظل نصوص الإثبات التي كانت واردة في القانون المدني، أنها ليست من النظام العام. وهذا ما قرره المشرع في المادة ٢/٤٠٥ مدني حتما نص على أنه يجوز للمحكمة أن تأخذ بهذه القرينة من تلقاء نفسها.

و من جانبه فان قانون الإثبات الجديد يقرر في المادة ٢/١٠١ أن للمحكمة تقضي من تلقاء نفسها بحجية الأمر المقضي وهذا يعني أنها من النظام العام. وبذلك قطع المشرع كل ما قد يثار من خلاف حول هذا الموضوع، هادفا من وراء ذلك على العمل على استقرار الحقوق لأصحابها، وإلى منع تضارب الحكام الذي قد يؤدي إلى تنازل الخصوم

عن هذه الحجية[١] هذا فضلا عهن وضع حد لإمكان تجديد المنازعات بين الأفراد.

المبحث الثاني

شروط قيام حجية الأمر المقضي

لقيام حجية الأمر المقضي يلزم توافر عدة شروط نبينها من خلال المطالب التالية :

المطلب الأول

الشروط المتعلقة بالحكم القضائي

الواقع أن الأحكام القضائية التي تحوز حجيتها القضائية هي الأحكام القضائية الموضوعية التى تمنح الحماية القضائية. وحجية الأمر المقضي لا تثبت إلا للأحكام القضائية القطعية والأصل أنها لا تثبت إلا لمنطوق الحكم دون أسبابه. وعلى ذلك يلزم أن يكون الحكم قضائيا وأن يكون قطعيا، وأن يكون التمسك بالحجية في المنطوق دون الأسباب.

الشرط الأول : أن يكون هناك حكم قضائي :

حتى تثبت حجية الأمر المقضي أن يكون هناك حكم قضائي، أي حكم من جهة قضائية، بموجب سلطتها القضائي، وان يكون لهذه الجهة القضائية الولاية في الحكم الذي أصدرته ، وذلك على التفصيل التالي:

فيلزم أن يكون الحكم صادرا من جهة قضائية، يستوي في ذلك أن تكن هذه الجهة من جهات القضاء العادي، كالمحاكم المدنية والمحاكم الإدارية،

---

[١] قضت محكمة النقض بأنه لئن كانت جحية الأمر المقضي قد أصبحت متعلقة بالنظام العم وفقا لنص المادة ١٠١ من قانون الإثبات، إلا أنه ما زال المحكوم له الحق في النزول عن الحكم الصادر لصالحه" نقض مدني ١٩٧٢/٥/٤ مجموعة أحكام -س ٢٨ - ص ١١٤٦.

أو من جهات القضاء الاستثنائي كالأحكام التي تصدرها المحاكم العسكرية، بشرط ألا تجاوز هذه الجهات الاستثنائية حدود اختصاصها.
بل أن الحجية تثبت حتى للأحكام التي صدرت من جهات قضائية كانت قائمة ثم ألغيت مثل المحاكم المختلطة.

وعلى ذلك إذا كان الحكم صادرا من جهة غير قضائية، فإنه لا يعتبر حكما بالمعنى المقصود هنا وبالتالي لا يحوز حجية الأمر المقضي، حتى ولو فصل في منازعة. فالقرار الذي يصدر من هيئة تأديبية، كقرار يصدر من نقابة المحامين أو الأطباء مثلا، لا يعتبر حكما. والحكام أو القرارات الصادرة من الهيئات التأديبية لا تحول دون المحاكمة النظامية[١] كذلك القرار الإداري لا تكون له حجية الأمر المقضي، فيجوز للجهة التي أصدرته أو أية جهة إدارية أعلى منها أن تسحبه ، إن كان ينبغي أن يراعى في هذا الصدد أن هناك جهات إدارية ذات اختصاص قضائي مثل لجان مخالفات الري ولجان الشياخات. فالقرارات الصادرة من هذه اللجان في حدود اختصاصاتها، تجوز حجية الأمر المقضي، وكذلك الحال بالنسبة لقرارات الحفظ مثل القرارات التي تصدرها النيابة العامة، فهذه القرارات لا تكون لها حجية الأمر المقضي[٢].

---

١ -انظر السنهوري : الوسيط- جـ -٢ ص ٨٣٦.

٢ -وقد قضت محكمة النقض بأن قرار الحفظ الصادر من النيابة العامة أيا كان سببه أو مضمونة لا يكتسب أية حجية أمام القضاء المدني، لأن القرارات الصادرة بواسطة لسلطة التحقيق لا تفصل في موضوع الدعوى بالبراءة أو الإدانة وإنما تفصل في توافر الظروف لإحالتها إلى المحكمة للفصل في موضوعها. نقض مدني ١٩٧٨/٤/٢٢ مجموعة أحكام س ٢٩ ص ١٠٦٨.

فالعبرة في هذا الصدد هي بصدور الحكام من جهة قضائية، خولها القانون سلطة الفصل في المنازعات بما لها من سلطة قضائية تفصل بموجبها في النزاع. وطالما كان الأمر كذلك فلا يلزم أن تسمى الجهة التي أصدرت الحكم محكمة. ولهذا فإن القرار الصادر من المحكمين يعتبر حكما يجوز الحجية. إذ التحكيم جهة قضاء تخول الفصل في المنازعات[1].

ولا يكفي أن يكون الحكم صادرا من جهة قضائي، بل ينبغي كذلك أن يكون صادرا من جهة قضائية بموجب سلطتها القضائية. فالمحاكم لها سلطة قضائية ولها سلطة ولائية. أي أنه إلى جانب وظيفة المحكمة الأساسية، وهي الحكم في المنازعات بين الخصوم تقوم أيضا بوظيفة أخرى هي الوظيفة الولائية التي تصدر بموجبها أوامر أو قرارات ولائية. ومعيار التفرقة بين الحكم القضائي والعمل الولائي يتخلص في أن الحكم القضائي هو الذي يفصل في نزاع على حق في مواجهة طرفي النزاع. بحيث يدعو أحدهما الآخر للحضور أمام المحكمة ليوجه إليه طلبه ويمكنه من الرد عليه. أما الأمر الولائي فهو ما تصدره المحكمة في نزاع، بناء على طلب شخص لا يكون ملزما بدعوة الطرف الآخر لسامع أقواله، بل وقد لا يكون الأمر الولائي صادرا ضد شخص معين. ومثال الأوامر الولائية . تصديق المحكمة الحسبية على الحساب الذي يقدمه الأوصياء والقوام، وتصديق القاضي على محضرا لصلح الذي يتم بين الخصوم

---

[1] -أحقية المحكوم له للزراعة المذكورة تكون أمرا مقضيا له به بموجب حكم المحكمين ضد الخصم الآخر وتكون دعوى هذا الأخير بطلب أحقيته لهذه الزراعة مردو بما لهذا الحكم من قوة الأمر المقضي ومن حجية قبله. نقض مدني ١٩٥٧/٣/١٤ مجموعة أحكام -س ٨ -ص ٢٢٩.

وحكم قاضي البيوع برسو مزاد العقار الذي يباع بالمحكمة على مشتريه، والحكم بتعيين وصي أو قيم غير خصومه، والإذن للأوصياء والقوام في مباشرة التصرفات. كل هذه أحكام تصدرها بما لها من سلطة ولائية. ولذلك لا تحوز حجية الأمر المقضي، اللهم إلا إذا فصل الحكم الولائي في خصومة بين طرفين. من ذلك مثلا أن للمحكمة التصديق على القسمة إذا كان بين الشركاء غائب أو كان بينهم من لم تتوافر فيه الأهلية، ويكون لها ذلك بموجب سلطتها الولائية. لكن إذا فصلت المحكمة في منازعة عارضة قد تعترض دعوى القسمة فهذا فصل في خصومة يحوز قوة الأمر المقضي[١].

وإذا كان لابد من صدور حكم قضائي من جهة قضائية بما لها من سلطة قضائية لا ولائية إذ يجب أن تكون تلك الجهة مختصة اختصاصا متعلقا بالوظيفة، أي ينبغي أن يكون لها ولاية في الحكم الذي أصدرته، فإذا لم يكن للمحكمة ولاية، فلا يكون لحكمها حجية الأمر المقضي[٢].

وعلى ذلك لا يكون لحكم صادر من محكمة مدنية في مسألة تدخل في ولاية القضاء الإداري حجية الأمر المقضي، ومن ثم يمكن إثارة النزاع من جديد أمام المحكمة صاحبة الولاية. وكذلك الحال بالنسبة للحكم

---

(١) ـانظر في هذا: عبد المنعم الصدة: ط ٢ـص ٣٢٤ ، د. السنهوري : الوسيط : حـ ٢ـص ٨٤٨.

(٢) ـ ذلك ان توزيع الولاية بين المحاكم أمر يتعلق بالنظام اعلام. فلا يملك الخصوم الاتفاق ولا التراضي على خلافة ومن الواجب على المحاكم الالتفات إليه من تلقاء نفسها. وكل قضاء في خصومة تصدر من محكمة ليس لها ولاية عليها، لا تكون له حرمة ولا حجية في نظر القانون. نقض ١٩٦٧/٥/٢ مجموعة النقض س ١٨ ص ٦٣١ ، نقض ١٩٦٨/٢/٢٩ س ١٩ ص ٤٧٥.

الذي يصدر من محكمة مدنية في مسألة جنائية، أو من محكمة جنائية في مسألة مدنية لا تختص بها. في كل هذه الصور تعتبر قواعد الاختصاص متعلقة بالوظيفة، أي بولاية القضاء، واختصاص كل جهة قضائية. ولذلك لا يجوز الحكم حجية الأمر المقضي أمام الجهة صاحبة الولاية الأصلية[1].

و ينبغي أن يراعى في هذا الصدد أنه إذا كان الحكم لا يجوز حجية الأمر المقضي أمام المحكمة المختصة وذلك لصدوره من جهة لا ولاية لها، إلا أنه يجوز الحجية أمام محاكم الجهة التي أصدرته. فإذا صدر حكم من محكمة مدنية في مسألة جنائية، وإن كان يحوز تلك الحجية أمام المحكمة المدنية التي أصدرته أمام غيرها من المحاكم المدنية.

ومتى صدر الحكم من جهة قضائية لها الولاية في إصداره، فإنه يحوز الحجية، حتى ولو كانت المحكمة التي أصدرته غير مختصة اختصاصا نوعيا أو محليا. فالحكم الذي تصدره محكمة جزئية في دعوى من اختصاص المحكمة الابتدائي يجوز حجية المر المقضي رغم مخالفة قواعد الاختصاص النوعي. والحكم الذي يصدر من محكمة القاهرة مثلا في مسألة تختص بها محكمة الزقازيق، يحوز الحجية رغم مخالفة قواعد الاختصاص المكاني أو المحلي. هذا ويراعي أن الحكم يحوز حجية الأمر المقضي متى توافرت الشروط السابقة، حتى ولو كان معيبا بعيب يؤدي إلى بطلانه بسبب خطأ في الإجراءات التي بني عليها أو في إجراءات

---

[1] - نقض مدني ١٩٦٢/٧/٢-مج س ١٤- ص ٤٦٢- نقض ١٩٦٤/٥/٢٧-س ١٥- ص ٧٢١.

إصداره وتحريره ... أو غير ذلك [١] فالسبيل إلى إصلاح هذه العيوب هو الطعن في الحكام طبقا للقواعد المقررة لذلك.

الشرط الثانى : أن يكون الحكم قطعيا :

يجب أيضا لكي يحوز الحكم حجية الأمر المقضي أن يكون حكما قطعيا والحكم القطعي هو الحكم الذي يحسم النزاع في موضوع الدعـــوى أو في جزء منه[١]، أو في دفع من الدفوع الشكلية[٢] أو الموضوعية. مثـل ذلك الحكم للمدعي بطلباته أو الحكم بعدم الاختصاص.

أما الأحكام القطعية التي لا تبت في الخصومة على وجه حاسم، فلا تحوز حجية المر المقضي. مثل ذلك الأحكام التمهيدية. فالحكم الصادر بالغرامـة التمهيدية لا يحوز حجية الأمر المقضي.

ولا تعتبر الحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع أحكاما قطعيـــة، ولا تحوز حجية المر المقضي، والأحكام الصادرة قبل الفصل في الموضـــوع هي الأحكام التحضيرية، والأحكام التمهيدية، والأحكام الوقتية.

والأحكام التحضيرية تسبق الحكم في الموضوع، وتعبر تحضيرا لـــه دون أن تبين رأي المحكمة في النزاع مثل، الحكم بالإحالة علـــى التحقيـــق، أو

١- نقض مدني ١٩٥٠/١١/١٦ مجموعة النقض ٢٥ س تحت إثبات قـــاعدة ٢٤٥ د. السـنهوري الوسيط : جـــ ٢ - ص ٨٤٥.

٢-فالحكم الفاصل في جزء من النزاع يمنع من العودة إلى البحث في النزاع الذي حسمه من جديـــد. نقــض ١٩٧٨/٣/٣٠ مجموعة النقض س ٢٩ ص ٩٣٢.

بانتقال المحكمة إلى محل النزاع. مثل هذه الأحكام لا تحوز حجية الأمر المقضي ولا تقيد بها المحكمة[١].

والأحكام التمهيدية، تسبق الفصل في الموضوع ولكنها تبين رأي المحكمة في النزاع، كالحكم بتعيين خبير لتقدير الضرر الذي أصاب المدعي. فمثل هذا الحكم يكشف عن رأي المحكمة واتجاهها إلى القضاء بالتعويض. ولكن المحكمة تستطيع العدول عن هذا الحكم بشرط أن تبين أسباب العدول بالمحضر. ويجوز له ألا تأخذ بنتيجة الإجراء بشرط أن تبين أسباب ذلك في حكمها. والأحكام الوقتية ، تسبق الحكم في الموضوع في مسألة وقتية لا تمس الموضوع، كالحكم بتقدير نفقة وقتية للمصاب حتى يفصل في التعويض والحكم بتعيين حارس قضائي. ويعتبر الحكم الصادر من قاضي الأمور المستعجلة أو في المسائل المستعجلة حكما وقتيا، ولا تكون له حجية الأمر المقضي. ويراعى بالنسبة للحكم الوقتي أنه لا يصح المساس به إذا بقى قائما فلا يجوز العدول عنه إلا إذا تغيرت الظروف التي أدت إلى إصداره[٢].

على أنه إذا كان يشترط في الحكم أن يكون قطعيا على النحو السابق، فإن حجية الأمر المقضي تثبت له حتى ولو كان قابلا للطعن فيه بالمعارضة والاستئناف فلا يلزم أن يكون الحكم نهائيا أي حائزا لقوة

١-وفي عدم حجية الحكم يندب خبير لمجرد استظهار وجه المصلحة في إقامة الدعوى، خاصة إذا لم يفصل على وجه قطعي في أية نقطة من نقط النزاع: نقض ١٩٦٥/١/١٤ مجموعة النقض س ١٦ ص ٥٧. ولكن إذا حسم حكم الإحالة على التحقيق النزاع على وسيلة الإثبات بعد أن تجادل الطرفان بشأنها، فإنه يحوز الحجية في هذا الخصوص. نقض ١٩٧٨/١/٢٠ مجموعة النقض س ٢٩ -ص ٣٠.

٢-انظر في هذا الموضوع أحكام النقض في ٢٥ عاما تحت "إثبات" قاعدة رقم ٢٥٩ وما بعدها.

الأمر المقضي، فالحجية تثبت للأحكام حتى ولو لم تحز قوة الأمر المقضي، وكان على المشرع أن يستعمل عبارة " حجية الأمر المقضي بدلا من قوة الأمر المقضي"

الشرط الثالث :أن يكون التمسك بالحجية في منطوق الحكم دون أسبابه:

القاعدة أن الحجية لا تثبت إلا لمنطوق الحكم دون أسبابه. ذلك أن الحكم يشتمل على جملة أجزاء: فتبين فيه الوقائع، والأسباب، وتنتهي المحكمة إلى المنطوق، وهو خلاصة ما تراه المحكمة في الدعوى فالمنطوق هو الجزء من الحكم الذي يفصل في النزاع. والحجية تثبت للمنطوق الصريح أو الضمني للحكم. والمنطوق الضمني هو ما يعتبر نتيجة حتمية للمنطوق الصريح[1]. فالحكم الذي يقضي بصحة الإجراءات التي اتخذت تنفيذا لسند معين ينطوي على قضاء ضمني بصحة هذا السند. ومن ذلك أيضا قضت به محكمة النقض من إنه إذا كان عقد الإيجار متفقا فيه على التجاوز عن بعض الأجرة في حالة دفعها في مواعيدها. فإن هذا التجاوز يكون معلقا بذات الحق المطالب به ومرتبطا بشروط الوفاء به. فإذا قضت المحكمة للمؤجر بباقي الأجرة المستحقة على المستأجر بعد تحققها من انشغال ذمته، فإنها تكون قضت في ذات الوقت ضمنا بعدم

---

(١) قضت محكمة النقض بأن " منطق الحكم والأسباب المتصلة به اتصالا حتميا تكسب قوة الأمر المقضي، أما الأسباب الزائدة فلا حجية لها". نقض مدني ١٩٧٧/٣/٣٠ مجموعة أحكام س ٢٨ -ص ٨٣٠.

استحقاق هذا المستأجر للتجاوز المشترط. وتكون دعوى المستأجر بعد ذلك ببراءة ذمته منه عودا إلى موضوع سبق الفصل فيه[١].

وإذا كانت الحجية تثبت للمنطوق الصريح أو الضمني على هذا النحو السابق. فإن الحجية لا تثبت إلا لما ورد في المنطوق حاسما لنزاع بين طرفي الخصومة، وكان معروضا. فإذا ورد في منطوق الحكم أمر لم يرد في طلبات الخصوم، فلا يكون للحكم حجية فيما يتعلق به. مثل ذلك أن يقضي الحكم على المدين بدفع فوائد الدين دون أن يناقش مقدار هذا الدين بين طرفي الدعوى، فالمنطوق الذي يرد فيه ذكر مقدار الدين على نحو عارض لا تكون له حجية الأمر المقضي بالنسبة إلى هذه المسألة أي مسألة مقدار الدين[٢].

حجية الأسباب المرتبطة ارتباطا وثيقا بالمنطوق:

إذا كان الأصل أن الحجية تثبت لمنطوق الحكم الصريح أو الضمني، وأنها تثبت لما ورد في المنطوق حاسما لنزاع بين طرفي الخصومة، وكان معروضا، فإنها تثبت لما ورد في المنطوق وكان مرتبطا بالأسباب ارتباطا وثيقا بحيث لا يقوم إلا بها، وبحيث إذا عزل المنطوق عنها كان غامضا مبهما أو ناقصا. ومن أمثلة ذلك أن ترفع

١-انظر أمثلة أخرى أوردها : الصدة : ط ٢_ص ٣٣٧ والسنهوري : الوسيط حـ ٢_ص ٨٦٣ وكذلك في مجموعة أحكام النقض في ٢٥ سنة تحت "إثبات" خاصة قاعدة ٢٥٢ وما بعدها.

٢-السنهوري حـ ٢_ص ٨٧٠. هذا ما لم يكن من وراء الفصل في الفوائد استنتاج مقدار الدين حتما، كما إذا طلب فوائد قدرها كذا عن مدة سنة مثلا بسعر ٧% إذ يمكن تحديد مقدار الدين بالضرورة من ذلك.

الدعوى للمطالبة بدين معين، فيدعي المدعي عليه أن له دينا في ذمة المدعي ويطلب إجراء المقاصة القضائية بين الدينين، فإذا جاءت المحكمة وقضت في المنطوق بالتزام المدعي عليه بالوفاء بالدين المطالب به وبينت في أسباب الحكم أنه لم يثبت لها قيام الدين الذي ادعاه المدعي عليه، حاز هذا حجية الشيء المحكوم فيه، إذ لا قيام للمنطوق بدونه، وبالتالي فلا يجوز أن ترفع بعد ذلك دعوى جديدة بهذا الدين. ومن أمثلة ذلك أيضا ما قضت به محكمة النقض من أنه إذا كان مدار النزاع في الدعوى هو ما إذا كانت ملكية المدعي للأرض خاصة له وحده أو أن له شركاء على الشيوع فيها، فقضت المحكمة للمدعي بطلباته أخذا بما انتهى إليه الخبير من أن الأرض موضوع النزاع هي ضمن مساحة مملوكة كلها للمدعي، ومحدودة وغير شائعة في أطيان أخرى وكان هذا الحكم نتيجة لازمة لما قدمته المحكمة في أسباب حكمها المشار إليه من أن قسمة نهائية واقعية حصلت بين المدعي وشركائه في الملك الشائع اختص بموجبها المدعي بأطيانه مفرزة فإن هذا الحكم يكون حائزا في مسألة القسمة حجية الأمر المقضي، منعا من العودة إلى المناقشة فيها في أي دعوى تالية يثار فيها هذا النزاع.

ومما تقدم نتبين أن الأسباب قد تكون مع المنطوق كلا لا يتجزأ وذلك إذا ارتبطت به ارتباطا وثيقا بحيث لا يقوم المنطوق بدونها. وإنما يلزم بطبيعة الحال وكما قلنا بالنسبة للمنطوق،أن يكون ما ورد في الأسباب داخلا في موضوع الدعوى وأن تكون المحكمة قد قامت ببحثه. فما يرد في السباب من أمور لم تبحثها المحكمة لا تكون له حجية وكذلك

بالنسبة لما تتعرض له المحكمة في الأسباب من أمور لا تدخل في موضوع الدعوى.

***مدى حجية الوقائع:**

إذا كانت الحجية تثبت للمنطوق، وللأسباب على هذا النحو، فهل تثبت الحجية للوقائع كذلك؟ قد يحدث أن تكمل بعض وقائع الدعوى منطوق الحكم بحيث يكون المنطوق ناقصا بدونها، وفي هذه الحالة تكون للوقائع حجية الأمر المقضي فيما تكمل فيه المنطوق. وقد قضى في هذا الصدد أنه إذا لم يوضح في منطوق الحكم أو في أسبابه مقدار الشيء المحكوم به، وكان هذا المقدار مبينا في عريضة افتتاح الدعوى وفي وقائع الحكم ولم ينازع فيه الحكم، ولم تمسه المحكمة بأي نقصان، فإنه في هذه الحالة تكون الوقائع مع المنطوق كلا لا يتجزأ، فتجوز الحجية فيما يختص بهذا المقدار.

المطلب الثاني

الشروط المتعلقة بالدفع بحجية الأمر المقضي

بعد أن قرر قانون الإثبات[١] أن الأحكام التي حازت قوة الأمر المقضي تكون حجة بما فصلت فيه من الحقوق فان قد أكد كذلك على أنه لا يكون لتلك الحكام هذه الحجية إلا في نزاع قام بين الخصوم أنفسهم، دون أن تتغير صفاتهم، وتعلق بذات الحق محلا وسببا. ومن هذا النص يتبين لنا شروط قيام الحجية للأحكام. فلا يكون للحكم حجية إلا في نزاع

---

[١] - المادة ١٠١.

قام بين الخصوم أنفسهم، وهذا هو شرط اتحاد الخصوم. ويلزم كذلك أن يكون هناك اتحد في المحل أو الموضوع واتحاد في السبب.

الشرط الأول : اتحاد الخصوم

الأصل أنه لا يكون للحكم حجية إلا فيما بين الخصوم أنفسهم، فالأحكام لا تكون حجة إلا بين أطرافها. وهذا هو مبدأ نسبية حجية الأمر المقضي. إذا الأحكام كالعقود يقتصر أثرها على من كان طرفا فيها[١]. وعلى ذلك لا يمكن الدفع بحجية الأمر المقضي في دعوى جديدة تتناول ما سبق الفص فيه إلا إذا كان الخصوم في الدعوى الجديدة هم أنفسهم الذين كانوا في الدعوى السابقة[٢] مثال ذلك أن يصدر حكم على البائع بتثبيت ملكية العين لصالح المشتري، فمثل هذا الحكم يحوز الحجية بين البائع والمشتري، بمعنى أنه لا يصح للبائع أن يرفع دعوى مبتداه على المشتري بشأن النزاع نفسه، وإلا كان للمشتري أن يدفع دعواه بحجية الأمر المقضي. لكن إذا جاء شخص آخر ورفع على المشتري دعوى طالبا تثبيت ملكية العين له، فلا يصح للمشتري في هذه الحالة أن يدفع دعواه بحجية الأمر المقضي، أي لا يصح للمشتري أن يقول إنه قد سبق أن حكم له بتثبيت ملكية العين له، فلا يصح للمشتري في هذه الحالة أن يدفع دعواه بحجية الأمر المقضي، أي لا يصح للمشتري أن يقول إنه قد سبق أن حكم له بتثبيت ملكيته للعين، لأن الحكم ليست له حجية بالنسبة

---

(١) نقض مدني ١٩٧٦/١/٢١ مجموعة الأحكام -س ٢٧ - ص ٢٦٤ .

(٢) قضت محكمة النقض بأن " الحكم بتمكين الطاعن من شقة النزاع قبل أحد مالكي العقار، لا حجية له قبل المالك الآخر الذي لم يختصم في الدعوى - ولا محل للتحدي بعدم قابلية الالتزام للانقسام" نقض ١٩٧٩/٣/١٧ مجموعة أحكام -س ٣٠ - ص ٨٣٩.

لمن رفع الدعوى الثانية، إذ لم يكن خصما في الدعوى الأولى. ويلاحظ أن العبرة في اتحاد لخصوم هو اتحادهم بصفاتهم لا بأشخاصهم [١] أو بمعنى آخر العبرة باتحاد الخصوم قانونيا لا باتحادهم الفعلي.

فإذا رفعت الدعوى من نائب على أحد الخصوم كالوصي فان أثرها يعود إلى القاصر. فالحكم الذي يصدر في الدعوى لصالح النائب يكون أيضا لصالح الأصيل. ويجوز حجية الأمر بالنسبة للأصيل. فإذا رفعت الدعوى بعد ذلك على الأصيل بالنسبة للنزاع نفسه كان للأصيل أن يدفع بحجية الأمر المقضي. و لا يستطيع النائب في هذه الحالة أن يدفع بحجية الأمر المقضي إذا ما رفعت عليه الدعوى بالنسبة للنزاع نفسه وكان رفعها عليه لا بصفته نائبا بل بصفته الشخصية. وكذلك إذا ما صدر حكم في مواجهة خصم بصفته الشخصية فإن حجية ذلك الحكم، لا تمنع هذا الخصم من أن يرفع دعوى جديدة تتنازل موضوع النزاع نفسه بصفته نائبا، لأن الخصم في هذه الدعوى الأخيرة هو الأصيل.

و ينبغي ملاحظة أن الحكم لا يعتبر حجة على الخصوم الحقيقيين في الدعوى فحسب، بل هو أيضا حجة على خلفائهم، سواء كانت الخلافة عامة أو خاصة. بل ويكون الحكم حجة أيضا على الدائنين. فالحكم حجة على من يخلف أحد الخصوم خلافة عامة عن طريق الميراث أو

١-قضت محكمة النقض بأن " الحكم بفسخ العقد الصادر من الوكيل المستند له حجية قبل الأصيل – ولو لم يكن خصما في الدعوى – دون الوكيل" نقض ١٩٧٦/١٠/١٩ مجموعة أحكام -س ٢٧ -ص ١٤٦٧ .

الوصية[١] وهو أيضا حجة على الخلف الخاص كالمشتري، بشرط أن يتعلق الحكم بالعين التي انتقلت إليه، وأن تكون الدعوى التي صدر فيها الحكم قد رفعت وسجلت صحيفتها قبل انتقال العين إلى الخلف الخاص. فإذا كان انتقال العين إلى المشتري قد تم قبل تسجيل صحيفة الدعوى التي صدر فيها لا حكم، لا يكون حجة عليه، لأنه يصبح بعد البيع ذا حق خاص، ولم يبق للبائع صفة في المخاصمة بالنيابة عنه بشأن هذا الحق[٢].

أما بالنسبة للدائنين فإنهم بما لهم من ضمان عام على أموال المدين، يستفيدون أو يضارون مما يصدر من أحكام لصالح المدين أو ضده. ولذلك يمكن الاحتجاج على الدائن بما يصدر ضد المدين من أحكام سواء كانت هذه الأحكام سابقة على حقه أم لاحقه له. إلا أنه في حالة ما إذا صدر الحكم نتيجة لتواطؤ المدين مع خصمه إضرارا بالدائن، فإن هذا لحكم لا يكون حجة على الدائن.

---

(١) انظر السنهوري : الوسيط ٢ ص ٨٨٠ لكن إذا استند الخلف في إثبات ملكيته على سبب آخر غير التلقي ، مستغينا بهذا السبب التلقي، فغن الحكم الصادر في وجه سلفه لا يحوز الحجية. وإذا كان الوارث يعتبر ممثلا في الخصومة ، إلا أنه لا يعتبر محكوما عليه مباشرة، بل يكون من الغير الذي له حق الطعن بالتعدي، فلا يحوز الحكم قبله حجية ما. نقض ١٩٧٩/٦/٢٠ مجموعة أحكام س ٣٠ ص ٦٨١.

(٢) ولهذا فإن دعوى تثبيت الملكية ضد البائع لا تحوز قوة الشيء المحكوم به بالنسبة للمشتري. والحكم الصادر ضد البائع باعتباره غير مالك للعين المبيعة لا يعتبر حجة على المشتري الذي سجل عقد شرائه قبل صدور هذا الحكم ولم يختصم في الدعوى.

أما بالنسبة للغير أي غير الخلف ، العـــام والخلــف الخـــاص والدائن العادي، فلا يكون الحكم حجة عليه[١] ولا تختلف الغيرية هنا فـــي جوهرها غير الغيرية في العقد. ومن الأمثلة على الغير الذي لا يسري في حقه الحكم الصادر ضد المدين، المالك على الشيوع ، والمدين المتضامن، والدائن المتضامن، والكيل والوارث بالنسبة إلى سائر الورثة[٢].

الشرط الثانى : اتحاد المحل:

لا يكون للحكم حجية الشيء المحكوم فيه إلا بالنسبة إلى الحل ذاتـه الذي سبق طلبه في الدعوى التي صدر فيها الحكم. وبمعنى آخر يلــزم أن يكون موضوع الدعوى التي صدر فيها الحكم وموضوع الدعوى الجديـــدة واحدا. ويقصد بموضوع الدعوى أو محلها في هذه الحالة الطلبات التـــي طلبت في الدعوى، ولا يقصد بموضوع الدعوى مجرد الشــــيء المـــادي الذي تنصب عليه الدعوى في النهاية . لأن نفـــس الشـــيء قـــد يكـــون موضوعا لجملة حقوق. فمثلا إذا رفعت دعوى ملكية منزل فرفضت، فإن هذا لا يمنع من رفع دعوى للمطالبة بحق ارتفاق أو حـــق انتفـــاع علـــى المنزل نفسه، لأن ما طلبه المدعي ليس واحدا في الحالتين، بخلاف ما لـــو عاد بعد أن رفضت دعواه الأولى (دعوى الملكية) ، وطلب مـــن جديـــد

١-مع ذلك فبالنسبة لحالة المدينين المتضامنون، إذا كان القانون يقضي بأنه إذا صدر حكـــم علـــى أحدهم لا يحتج على الباقين فإنه في حالة صدور الحكم لصالح أحدهم يستفيد منه الباقون (انظـــر ٢٦٩ مدني). وعلى ذلك فإن الحكم الذي صدر لصالح أحدهم يحوز الحجية، فلا يكون للدائن إقامة دعوى.

٢-د. السنهوري : الوسيط جـ ٢ ص ٨٨٨ .

الحكم له الملكية ومستندا إلى نفس الأسباب الأولى، فغن الخصم يدفع في هذه الحالة بحجية الأمر المقضي مستندا إلى الحكم الأول برفض الملكية. وكذلك إذا صدر للمؤجر حكم باستحقاق أجَرة مدة معينة فإن هذا الحكم لا يمنع من العودة إلى المطالبة بأجرة مدة أخرى، لاختلاف محل الدعوى في الحالتين.

والمعيار الذي تتحدد على أساسه وحدة المحل هو أن المحل يكون متحدا إذا كان القضاء في الدعوى الجديدة لا يعدو أن يكون تكرارا للحكم السابق، أو أن يكون مناقضا له، وسواء كان هذا التناقض بإقرار حق أنكره ذلك الحكم أو بإنكار حق أقره. وعلى أساس هذا المعيار استقر الرأي على بعض قواعد تفصيلية في هذا الصدد :

١-فالعبرة أولا بطلبات الخصوم التي فصل فيها الحكم:

وإذا احتفظ المدعي لنفسه بالحق في بعض الطلبات، فإن الحكم فيما قدمه من طلبات لا يمنع من رفع دعوى جديدة للمطالبة بما احتفظ به. فإذا طالب المدعي مثلا برد العين المغصوبة، واحتفظ لنفسه بالحق في طلب الريع فيما بعد، كان له أن يطالب بعد ذلك بالريع دون أن يتمسك قبله بالحجية[١]

٢-إذا ما فصل الحكم في شئ اعتبر ذلك حكما فيه وفي ملحقاته: ولذلك لا يجوز رفع دعوى جديدة للمطالبة بملحقات ذلك الشيء. وعلى فالحكم

---

(١) قضت محكمة النقض بأن الحكم الصادر في دعوى الطاعة ونشوز الزوجة – لا يحول دون نظر دعواها بالتطليق لاختلاف المناط في كليهما. نقض ١٩٧٩/٣٦/١٤ مجموعة أحكام س ٣٠ -ص ٨٠٥.

برفض الإدعاء بملكية عين معينة. يمنع من رفع دعوى جديدة للمطالبة بريع هذه العين، وكذلك الحكم برفض الإدعاء بالدين يمنع من رفع دعوى جديدة للمطالبة بفوائد الدين.

٣-**وإذا ما فصل الحكم في الكل اعتبر ذلك حكما في الجزء** : فالحكم بصحة بيع متجر حجة في بيع كل عنصر من عناصره. وإذا قضى في دعوى بملكية حق من الحقوق ورفعت دعوى جديدة بجزء من هذا الحق فيكون الموضوع في الدعويين واحدا، ويدخل في نطاق حجية الشيء المحكوم فيه من هذه الجهة. ولكن القاعدة السابقة ليست مطلقة، وإنما ينبغي تفسير الحكم السابق لمعرفة الأساس الذي أقام عليه قضاءه، ولا تكون القاعدة صحيحة إلا إذا كانت المحكمة قد تقصت الوضع بالنسبة إلى أجزاء الكل. فإذا صدر الحكم برفض الدعوى بملكية عقار (منزل) لا يمنع في الواقع من رفع دعوى جديدة بملكية جزء منه، جزء شائع، أو طابق معين، إلا إذا كان الحكم الأول الصادر برفض ملكية العقار قد بت في أن المدعي لا يملك العقار أو جزء منه. وكذلك إذا رفض الحكم الإدعاء بالملكية فلا يمنع ذلك من إدعاء حق انتفاع أو حق ارتفاق. ومن هذا نرى أن الحكم في الكل لا يتضمن حتما الحكم في الجزء.

٤-**إذا فصل الحكم في الجزء، اعتبر ذلك حكما في الكل** إذا كان الكل مكونا من أجزاء تعتبر بحسب طبيعتها أو بحسب العادة غير متجزئة [١]

---

١ -قضت محكمة النقض بأن " إذا كان الحكم المطعون فيه رفض دعوى الطاعن بأحقيته لإعانة الغلاء عن مدة تالية للمدة المحكوم بها في الدعوى السابقة فإنه يكون قد ناقض قضاء الحكم السابق الذي قطع نهائيا باستحقاق الطاعن لإعانة الغلاء، إذ لا عبرة باختلاف المدة المطالب بها في الدعويين ما دام الأساس فيهما واحد" نقض ١٩٧٣/١٢/١ مجموعة أحكام - س ٢٤ - ص ١١٩٨.

فالحكم في جزء من التركة حجة في جميع أجزائها. والحكم في ملكية جزء من عقار (منزل) يحوز حجية الأمر المقضي بالنسبة إلى ملكية العقار جميعه، طالما أن الحكم في الجزء كان يقتضي البحث في الكل وأن الخصوم قد تنازعوا في ذلك نزاعا جليا وبحثوه بحثا جديا من جميع نواحيه.

على أنه ينبغي أن يراعى أن الحكم في الجزء لا يتضمن حتما الحكم في الكل. فالحكم برفض الفوائد لا يمنع من المطالبة برأس المال . والحكم برفض دعوى بحق ارتفاق لا يمنع من إدعاء الملكية كاملة. ذلك أن القضاء في الجزء لا يعتبر قضاء في الكل إلا إذا كان ثبوت الحق أو انتفاؤه في الجزء مبنيا على ثبوت الحق أو انتفائه في الكل. فالحكم برفض قسط من دين لا يمنع من المطالبة ثانية بقسط آخر أو بكل الدين، إلا إذا كان الحكم الأول بالرفض قائما على أساس عدم ثبوت المديونية، أو على أساس بطلان الدين نفسه. فإذا رفضت المطالبة بقسط من الدين لأن الدين لم يوجد أصلا، أو لأن سبب الدين غير مشروع، لا يجوز العودة بعد ذلك إلى المطالبة بالدين جميعه أو بقسط منه.

ومما أسلفنا يتبين لنا أنه يتعين على القاضي أن يتحقق أن الطلب الجديد الذي قدم إليه لم يسبق الفصل فيه، وعليه في هذا الصدد أن يحد مدى القضاء الأول ويقارنه بما يؤدي إليه القضاء في الدعوى الجديدة. ولا بد له في ذلك من الوصول إلى حقائق الأمور حتى يتأكد من يحرم الخصم، بقضائه الجديد من ميزة حصل عليها في الحكم السابق. ويترك

تقدير وحدة المحل أو اختلافه في الدعويين – القديمة والجديدة – لتقدير قضائي الموضوع، وعليه أن يبين في أسبابه كيف اختلف المحل أو اتحد في الدعويين.

الشرط الثالث : اتحاد السبب :

نعنى باتحاد السبب وحدة الأساس القانوني الذي تبنى عليه الدعوى. فالسبب هنا هو المصدر الذي يتولد عنه موضوع الدعوى. فمن رفع دعوى مطالبا بملكية عين على أساس الميراث فرفضت دعواه، يكون له أن يرفع دعوى أخرى من جديد عن العين ذاتها على أساس اكتساب المالك بالشراء أو بالتقادم، ولكنه لا يجوز أن يعود فيرفع دعوى جديدة مطالبا بملكية العين على أساس الميراث، وإلا جاز دفع طلبه بحجية الحكم الأول، وإذا رفعت دعوى للمطالبة بمبلغ باعتباره قرضا يكون له أن يرفع دعوى ثانية يطالب فيها بنفس المبلغ باعتباره ثمنا لشيء باعه. وإذا رفضت دعوى استرداد حيازة عين، فإن هذا لا يحول دون المطالبة ثانية بتسليم هذه العين باعتبارها عينا مؤجرة وذلك لاختلاف الموضوع والسبب في الدعويين، إذ السبب في الدعوى الأولى هو وضع اليد، وفي الدعوى الثانية عقد الإيجار.

ويتبين من ذلك أن الطلب قد يكون واحدا في الدعويين [1] ويكون كذلك عن نفس الشيء ولكن أساسه يختلف، فلا يكون الحكم الأول حجية في الدعوى الثانية. فيجب إذن التفرقة بين الموضوع والسبب. فإذا رفعت

---

[1] قضت محكمة النقض " سبق الحكم نهائيا بصحة ونفاذ عقد البيع، لا يحول دون نظر دعوى المطالبة بفسخة للتراضي في دفع الثمن طالما لم يفصل الحكم الأول في أمر باقي الثمن، فضلا عن اختلاف دعوى صحة العقد عن دعوى الفسخ سببا وموضوعا. نقض ١٩٧٨/٢/٢٦ مجموعة أحكام س ٢١ ص ٣٦٤.

دعوى بطلب بطلان التصرف على أساس الغلط، كان موضوع الدعوى هذا هو البطلان، وسبب الدعوى هو الغلط. فإذا رفضت في هذه الحالة، لا يوجد ما يمنع أن ترفع دعوى للمطالبة بالبطلان (نفس موضوع الدعوى الأول)، ولكن على أساس الإكراه أو التدليس، لأن هذه أسباب مغايرة للسبب الأول وهو الغلط. ومثل دعاوى البطلان دعاوى الفسخ: فمن يطلب الفسخ (موضوع الدعوى) لعدم تنفيذ التزام معين، كتسليم المبيع في المكان المتفق عليه، لا يوجد ما يمنعه من إعادة طلب الفسخ ثانية لعدم التسليم في الوقت المحدد.

ويجدر التمييز هنا بين السبب والدليل: فالعبرة بوحدة السبب في الدعوى، لا بوحدة الدليل. فلو رفع شخص دعوى ببراءة ذمته من دين على أساس الوفاء، وقدم على ذلك شهودا لم تقتنع المحكمة بشهادتهم وبذلك رفضت الدعوى، فإنه لا يجوز لهذا الشخص أن يعود ثانية ويطلب براءة ذمته م جديد على أساس الوفاء كذلك، ويقدم عليه دليلا جديدا كسند مكتوب أو شهود آخرين، حتى ولو كان السند عنده ولم يقدمه في الدعوى الأولى سهوا منه أو لعدم عثوره عليه[1] في هذه الحالة يتحد السبب في الدعويين ولكن الأدلة تختلف فيهما ولذلك يمكن الدفع بحجية الأمر المقضي. وفي المثال السابق نجد الموضوع واحدا، وهو براءة ذمة المدين

---

(١) وقد قضت محكمة النقض بأنه " إذا ادعى مدين بأنه سدد الدين المطلوب الحكم به عليه، ثم حكم بإلزامه بهذا الدين، وتنازل هذا الحم ما كان يدعيه المدين من التخالص عن الدين بالوفاء قائلا عنه أنه غير ثابت لعدم تقديم أية مخالصة، فليس لهذا المدين بعد ذلك أن يدعي براءة ذمته بدعوى جديدة بناء على مخالصة يجدها بعد ذلك. نقش ١٩٦٦/٤/٢١ مجموعة س١٧ -ص ٨٩٩.

والسبب واحدا، وهو الوفاء، لكن الدليل يختلف. واختلاف الدليل لا يحول دون ثبوت الحجية[1]

كما يجب التمييز كذلك بين سبب الدعوى والغرض منها. فالغرض هو ما يرمي إليه الشخص من وراء دعواه. ولا يؤثر اختلاف الغرض من الدعوى طالما كان السبب واحدا لم يتغير في الدعويين. فإذا رفعت دعوى بملكية أرض بسبب العقد للرغبة في بناء منزل عليها ورفضت، لا يمكنه أن يرفع دعوى جديدة للمطالبة بملكيتها بسبب العقد كذلك إذا أراد أن يبني عليها مدرسة مثلا. فالحكم يجوز الحجية رغم اختلاف الغرض. ومع ذلك فإن سبب الدعوى قد يكون هو الغرض منها في بعض الحالات من ذلك ما يقضي به قانون الإيجارات رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ من إمكان استرداد البناء المعد لغير أغراض السكني للهدم وإعادة البناء بشكل أوسع. فإذا طلب الملك الاسترداد للهدم وإعادة البناء لنفس الطوابق التي يراد هدمها، فرفضت دعواه لعد تحقق قصد الشارع من الاسترداد ، وهو التوسعة في البناء، فإنه إذا عاد المالك وطلب الاسترداد مرة أخرى للبناء بحيث يحتوي المبنى الجديد على طوابق أكثر، فإن السبب يختلف في الدعويين لتحقق غرض الشارع في هذه الدعوى الأخيرة بحصول التوسعة بالفعل.

كما لا يؤثر في وحدة السبب في كل من الدعويين اختلاف علة السبب. فالعبرة في صدد قوة الشيء المحكوم فيه بالسبب المباشر الذي تولدت عنه كل من الدعويين. فإذا كان موضوع الدعوى الأولى بين الخصوم هو المطالبة بتعويض، وسببها حفر مسقي، وموضوع الدعوى الثانية المطالبة

---

[1] [illegible]ظر تطبيقات هذا الموضوع من أحكام محكمة النقض: مجموعة النقض في ٢٥ سنة " إثبات" قا[illegible] ٣٢[illegible] وما بعدها.

بتعويض أيضا، وسببها هي الأخرى حفر المسقي نفسها، فلا يؤثـــر فـــي وحدتهما اختلاف علة السبب المطلوب التعويض مـــن أجلـــه ولا قيمـــة التعويض المطالب به.

وتذهب الدائرة المدنية بمحكمة النقض إلى أن الراجح بالنسبة لقـــوة الشيء المحكوم فيه، هو اعتبار كل ما تولد به للمضرور حق في تعويـض عن شخصه أو عن ماله، قبل من أحدث الضرر أو تسبب فيه، هو السـبب المباشر المولد للدعوى بالتعويض أو أسبابه، لأن ذلك جميعا من وســـائل الدفاع أو طرقه. فمهما كانت طبيعة المسئولية التي بحثها القـــاضي فـــي حكمه الصادر برفض دعوى التعويض، ومهما كان النص القانوني الـــذي استند عليه المدعي في طلباته أو النص الذي اعتمد عليه القـــاضي فـــي حكمه ، فإن هذا الحكم يمنع المضرور من إقامة دعوى تعويض أخـــرى على من حكم قبله برفض دعواه، لأنه يعتبر دالا بالاقتضاء علـــى انتفـــاء مسئولية المدعي عليه قبل المدعي عما ادعاه عليه، أيا كـــانت المســئولية التي أسس عليها طلبه، عقدية أو غير عقدية أو تقصيرية ، على معنـــى أن كل ذلك كان من طرق الدفاع ووسائله في دعـــوى التعويـــض، وإن لـــم يتناوله البحث بالفعل فيها، ولم يكن ليبرر الحكم للمدعي علـــى خصمـــه بتعويض ما.

المبحث الثالث

حجية الأحكام الجنائية أمام المحاكم المدنية

أولا : الدعوى الجنائية والدعوى المدنية:

قد تثار المسئولية المدنية والجنائية تجاه شخص معين نتيجة ارتكاب فعل واحد يرتبهما. ويحدث ذلك إذا ما ارتكب شخص جريمة سببت ضررا للغير، إذ ينشأ عن هذه الجريمة دعوى جنائية لعقاب مرتكبها، ودعوى مدنية لمطالبته بالتعويض عن الضرر الذي أصاب الغير. وهنا يثور التساؤل ، في الحالة التي يصدر فيها حكم الدعوى الحكمة الجنائية عن مدي أثر هذا الحكم على دعوى التعويض التي ترفع أمام المحكمة المدنية.

ولا غرو في أن الدعويين الجنائية والمدنية تختلفان من حيث موضوع كل منهما كما تختلفان من حيث الخصم، فالخصم في الدعوى الجنائية هو المجتمع الذي تمثله النيابة العامة ، أما الخصم في الدعوى المدنية فهو المجني عليه. وموضوع الدعوى الجنائية توقيع العقاب على المتهم، أما موضوع الدعوى المدنية فهو التعويض. ومع ذلك فإن للأحكام الجنائية حجيتها أمام المحاكم المدنية. ولكن هذه الحجية التي جعلها الشارع للأحكام الجنائية لا تقوم على أساس حجية الأمر المقضي ولكنها تقوم على أساس آخر متعلق بالنظام العام. ذلك أن الأحكام الجنائية تتعلق بحريات الأفراد وسلامتهم، وهو أمر يمس مصلحة المجتمع . ولهذا أراد الشارع أن يجعلها محل ثقة مطلقة، بحيث لا يجوز أن يعاد النظر فيها،

مما عله ينص على أن القاضي المدني يرتبط بالحكم الجنائي فيما فصل فيه من وقائع وكان فصله فيها ضرورياً. وفي هذا تنص المادة ١٠٢ من قانون الإثبات على انه "*لا يرتبط القاضي المدني بالحكم الجنائي إلا في الوقائع التي فصل فيها هذا الحكم، وكان فصله فيها ضرورياً* "[(١)].

ومن ناحية أخرى نرى المشرع ينص في قانون الإجراءات الجنائية على قاعدة أخرى يقرر فيها أنه " *إذا رفعت الدعوى المدنية أمام المحاكم المدنية*، يجب *وقف الفصل فيها حتى يحكم نهائياً في الدعوى الجنائية المقامة قبل رفعا/ أو في أثناء السير فيها* "[(٢)] وهذه هي القاعدة المعروفة التي تقرر أن الجنائي يوقف المدني. وتوجب هذه القاعدة على القاضي المدني أن يوقف الدعوى التي تنظر أمامه إلى أن تفصل المحكمة الجنائية بحكم نهائي، فتتقيد به القاضي المدني. إنما يلزم للإيقاف – بطبيعة الحال – أن يكون الفعل واحداً في الدعويين المدنية والجنائية.

---

(١) لا تثبت هذه الحجية " إلا للأحكام النهائية الفاصلة في موضوع الدعوى الجنائية دون غيرها من الأوامر والقرارات الصادرة من سلطات التحقيق- لأن هذه القرارات لا تفصل في موضوع الدعوى الجنائية بالبراءة أو الإدانة وإنما تفصل في توافر أو عدم توافر الظروف التي تجعل الدعوى صالحة لإحالتها إلى المحكمة للفصل في موضوعها" . نقض ١٩٧٦/٣/٣٠ مجموعة أحكام س ٢٧ ص ٨٠٤.

(٢) المادة ٢٦٥ من قانون الإجراءات الجنائية.

كما يلزم أن تكون الدعوى الجنائية قد أقيمت قبل الدعوى المدنية أو أثناء السير فيها ولم يفصل فيها نهائياً[١]. ويراعى كذلك أنه حتى إذا صدر حكم نهائي من المحكمة المدنية، قبل رفع الدعوى الجنائية فإنه إذا كان يحوز حجية الأمر المقضي لا يقيد المحكمة الجنائية.

ثانيا : مدى حجية الحكم الجنائي

الواقع أن حجية الحكم الجنائي أمام المحكمة المدنية تقتصر على ما يكون قد فصل فيه من وقائع. ويشترط أن يكون فصله فيها ضرورياً. فحجية الحكم الجنائي تقوم كلما فصل في وقوع الفعل الذي يكون الأساس المشترك لكلتا الدعويين الجنائية والمدنية، وفي الوصف القانوني لهذا الفعل، وفي إدانة المتهم في ارتكاب هذا الفعل أو عدم إدانته[٢]. فإذا فصلت المحكمة الجنائية في هذه المسائل ، تعين على المحكمة المدنية أن تعتبرها أمور ثابتة، ووجبت عليها أن تبحث الحقوق المدنية المترتبة على هذا الأساس[٣].

---

(١) لا يكون للحكم الجنائي قوة أمام المحاكم المدنية، إلا إذا كان باتاً لا يقبل الطعن، اما لاستيفاء طرق الطعن الجائزة فيه، أو لفوات مواعيدها " . نقض ١٩٧٨/١/١٤ مجموعة أحكام س ٢٨ ص ١٧٦.

(٢) نقض مدني ١٩٦٧/٢/٧ مجموعة أحكام س ١٨ ص ٣١.

(٣) قضت محكمة النقض بأن " الحكم الصادر في المواد الجنائية تكون له حجية في الدعوى المدنية أمام المحاكم المدنية، كلما كان قد فصل فصلاً لازماً في وقوع الفعل المكون للأساس المشترك بين الدعويين الجنائية والمدنية، وفي الوصف القانوني لهذا الفعل، ونسبته إلى فاعله". نقش ١٩٧٧/٣/١٣ مجموعة أحكام س ٢٨ ص ٦٦٣.

و يميز الفقه بين حالتين : حالة الحكام الجنائية الصادرة بالإدانة وحالة الأحكام الجنائية الصادرةِ بالبراءة.

الحالة الأولى : إذا كان الحكم الجنائي قد صدر بالإدانة، فإنه يتعين على القاضي المدني أن يتقيد بهذا الحكم. فإذا صدر الحكم بوقوع الجريمة ونسبتها إلى المتهم، فلا يكون أمام القاضي إلا أن يبحث في تقدير قيمة التعويض المترتب على هذه الجريمة [١] وإذا صدر حكم جنائي بإدانة متهم في تزوير عقد تمليك، فإن هذا لا يمنع من إثبات الملكية بموجب هذا العقد أمام المحكمة المدنية.

الحالة الثانية : أما إذا صدر الحكم الجنائي بالبراءة، فإنه يفرق بين فرضين:

١- إذا كان أساس البراءة هو أن المتهم لم يرتكب الفعل، أي أن الواقعة لم تتثبت نسبها إلى المتهم فتنتفي التهمة عنه. وفي هذه الحالة يجب على القاضي المدني أن يحترم هذا الحكم فيرفض الحكم على المتهم بالتعويض لأن الحكم الجنائي يحوز حجية الأمر المقضي في هذه الحالة. ويستوي أن تكون البراءة إما بسبب انتفاء التهمة عن المتهم أو بسبب عدم كفاية الأدلة على نسبة التهمة إليه[٢].

٢- إذا كان أساس البراءة هو أن الفعل لا يعاقب عليه القانون الجنائي، فلا يكون لهذا الحكم حجية أمام المحكمة المدنية ذلك لأن القاضي الجنائي

قضت محكمة النقض " الحكم الجنائي تقتصر حجيته أمام المحاكم المدنية على المسائل التي كان الفصل فيها ضرورياً لقيامه وهي خطأ المتهم ورابطة السببية بين الخطأ والضرر". نقض ١٩٨٠/١٢/٤ طعن رقم ١٨٣١ س ٤٩ ق.

٢-انظر ٤٥٦ إجراءات جنائية. وقد قضت محكمة النقض بأن " تبرئة المتهم من جريمة تزوير السند لعدم كفاية الأدلة، لا تجيز للمحكمة المدنية قبول الإدعاء بالتزوير لهذا السند والقضاء برده وبطلانه" نقض ١٩٦٣/٥/٢٣ مجموعة الأحكام س ١٤ - ص ٧١٥.

في هذه الحالة قد اقتصر على الفصل في الواقعة الجنائية دون الفصل في نسبتها إلى المتهم. وبذلك يجوز القاضي المدني أن يحكم على المتهم بالتعويض. ويستوي في هذه الحالة أن يكون أساس البراءة لأن الفعل غير معاقب عليه لكونه لا يصدق عليه وصف الجريمة ، أو أن يكون أساسها راجعاً إلى انقضاء الدعوى العمومية. ذلك لأنه إذا كانت الوقائع لا تكون جريمة جنائية. فقد تكون كافية لتكوين خطأ مدني فالفعل الواحد قد يستوجب المسئولية المدنية دون المسئولية الجنائية. كما أنه إذا كانت الدعوى العمومية قد سقطت، قد لا تكون الدعوى المدنية قد سقطت هي الأخرى [1].

---

(1) قضت محكمة النقض بأن الحكم الجنائي الصادر بالبراءة إذا كانّ مبنياً على أن الفعل لا يعاقب عليه القانون سواء كان ذلك لانتفاء القصد الجنائي، أو بسبب آخر، فإنه لا تكون له قوة الشيء المحكوم فيه أمام المحاكم المدنية. نقض ١٩٦٦/٣/١٠ **مجموعة الأحكام** - س ١٧ - ص ٥٥٨.

محتويات الكتاب